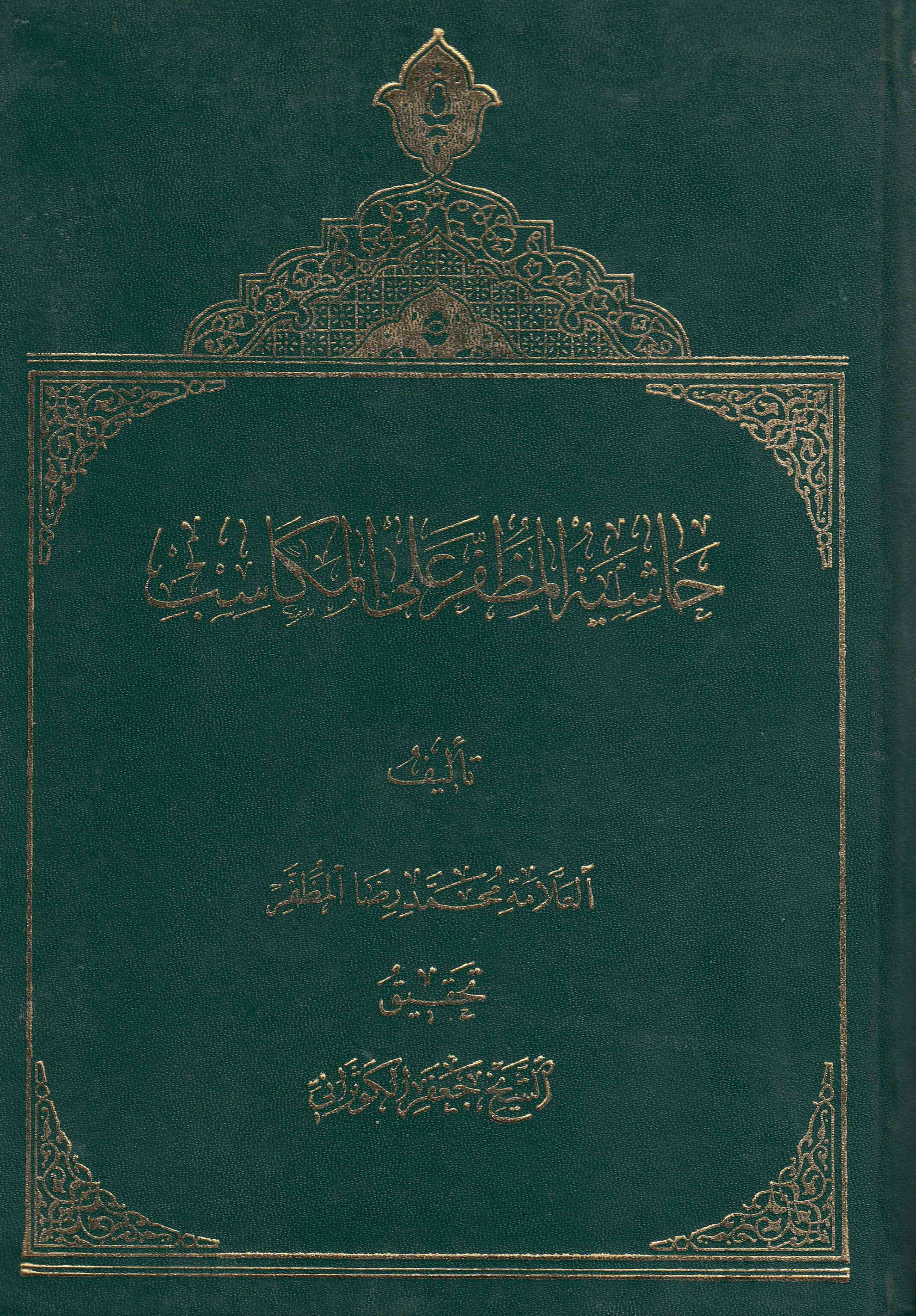
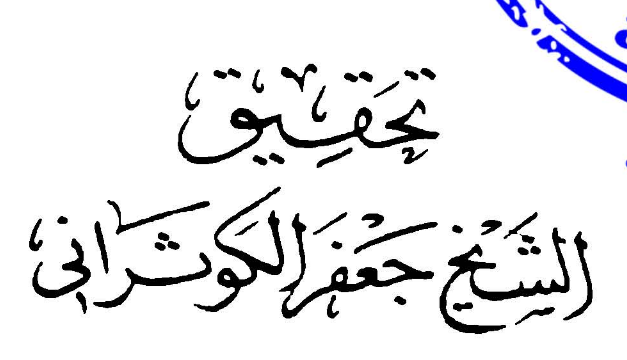

حاشية المظفر على المكاسب
تأليف
العلامة محمد رضا المظفر
تحقيق
الشيخ جعفر الكوثراني

حاشية الشيخ المظفر على المكاسب

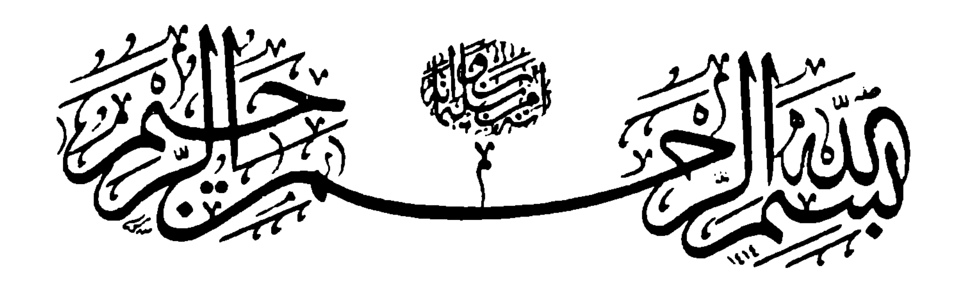
تأليف

العلامة محمد رضا المظفر (قده)



هوية الكتاب :

اسم الكتاب : حاشية الشيخ المظفر (ره) على مكاسب الشيخ الانصاري (ره)
المؤلف : الشيخ محمد رضا المظفر
الناشر : حبيب
المطبعة : پاسدار اسلام
صف الحروف الالكترونية : حيدر النجفي ـ قم
الفيلم والألواح الحسّاسة : ليتوگرافى سيّد الشهداء عليه السلام ـ قم ـ ٧٣٣٧٦٢
تسلسل الطبعة : الاولى
عدد المطبوع : ٢٠٠٠ نسخة
السعر :
مركز التوزيع : سعيد بن جبير ـ قم
الصفوة ـ بيروت



الاهـــداء

أُقدّم عملي الىٰ بقية الله في الأرضين ، إمامي صاحب العصر والزمان الحجة بن الحسن العسكري عجل الله تعالىٰ فـرجـه الشريف . . . ورجائي القبول .

بسم الله الرحمٰن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف الخلق وأعز الرسل سيدنا ونبينا محمّد وعلى آل بيته الطيّبين الطاهرين ، واللعن الدائم على أعدائهم الى يوم الدين .

تعد مدينة النجف الأشرف من أهم الحواضر العلمية الإسلامية العريقة ، والتي ساهمت الى حد كبير في انتشار التعاليم الدينيّة عبر العصور ، فكانت مأوىٰ للعلماء في شتىٰ ميادين العلوم الإسلامية والأدبية .

وبمراجعة سريعة لتاريخ تلك المدينة ، تكشف عن مدىٰ الدور الطليعي والحضاري الهام الذي لعبته في اغناء المعرفة لا سيّما الدينيّة منها بكنوز لا تثمّن .

فقبل أكثر من ألف عام نزح اليها شيخ الطائفة وعميد الاسلام ـ آنذاك ـ الشيخ محمد بن الحسن الطوسي[1] رضوان الله تعالى عليه مع مجموعة من العلماء الجهابذة ليشكلوا حوزتها الدينيّة الأولىٰ ويشيّدوا الحجر الأساس لصرح الجامعة العلمية الشيعيّة التي أخذت على عاتقها تخريج علماء اضطلعوا بمهمات دينيّة وعلميّة في مختلف حقول المعرفة التي تخدم الانسانيّة .

وقد نمت تلك الجامعة وأصبحت مقصداً لرواد العلم والأدب ، وعمرت بالمحافل العلميّة والحلقات الدينيّة والأدبيّة ، وأخذت تعقد فيها الدراسات الدقيقة والمعمّقة حتى صارت مناراً علمياً ، بعد ان كانت مكاناً مقدّساً تضم بقاعها الأجساد الشريفة والمطهرة لأنبياء الله ووليّه الأعظم أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليهم أفضل التحيّة وأزكىٰ التسليم ، ولا ريب بأن وجود تلك البقعة

---

١ ـ انظر د . عبد الهادي الفضلي : تاريخ التشريع الإسلامي ص ٣٣٣ ، ط . مؤسسة دار الكتاب الإسلامي سنة ١٩٩٣ م .

المقدّسة من أهم العوامل التي ساعدت في نجاح تلك الجامعة الدينيّة المعطاءة .

وقد برز فيها أقطاب العلم والتقوىٰ الذين حازوا على جل الفضائل المعنويّة وأدّوا الخدمات الجليلة للانسانيّة والمذهب الحق في الاسلام ، ولا يسعنا في هذه المقدّمة سرد أسماء أولئك ، اذ لا تكاد تجد علماً من أعلام الطائفة إلا وقد عايش النجف علمياً وروحياً .

ولا زال العلماء تترا ومنهم المحطات في تاريخ الحوزة الدينيّة ، الذين كانت لهم الابداعات العلمية الفذة التي قفزت بالمستويات العقلية والروحيّة الى علاها .

وكان من الطبيعي أن يرافق تلك الحركة العلميّة جهود عمليّة تكفل استمراريّة العطاء والابداع في مجال الفكر ، وتتمحور تلك الجهود في النظر في المناهج وتحديثها بين آونة وأخرىٰ .

ففي الحقبة الأخيرة ظهر في النجف حركات تجديديّة تدعو الى تحديث المناهج العلميّه المتّبعة فِي الدراسات الدينيّة لدىٰ الحوزات بطريقة تتلائم والحال الحاضر المعاش ، مع التشديد على أصالة ورسوخ الأفكار الاسلامية وتعاليم الأئمّة عليهم السلام ، فكانت الدعوة في تجديد اسلوب الدراسة وإصلاح المنهج فحسب دون المساس بجوهر العقيدة والتعاليم الاسلامية الحقّة التي وصلت إلينا عبر علمائنا الماضين .

ومن جملة أولئك الذين كان لهم سعي واسع وكبير في هذا المضمار هو علم الأعلام المجتهد الأكبر المجدّد آية الله الشيخ محمد رضا المظفر .

والأمر الذي نحن في صدده هو التقديم بين يدي كتابه هذا ، مقتصرين في ذلك على نبذة مختصرة من حياته ، ولسنا في مقام الترجمة الشاملة .

ونتمنّىٰ لو تعقد الد راسات المستفيضة عن حياة أمثال شيخنا المترجم ، تتناول ـ بالاضافة الى سيرهم ـ مناهجهم العلميّة وطريقة عملهم ، والتنقيب عن آثارهم الفكرية ، والبحث فيها عن مادة لدراساتهم ، وفائدة ذلك تعود للأجيال ؛

اذ أننا نضع بين أيديهم تجربة حيّة يستفيدون منها على جميع الصعد والمستويات.

وما نقدمه هنا في سطور من ترجمة لحياة شيخنا المصنّف ﷺ إنما هو ثمرة أُستفيدت من جهود السابقين شكر الله مساعيهم، وإن كان لنا ملاحظات على ما كتب عن حياته لا سيما من حيث عدم الشمول والاستفاضة في بيان أعماله الفكريّة ومنهجيّة البحث عنده، ومن حيث التقصير في إبراز إصلاحاته ـ بشكل مدروس ـ التي كان لها وقع كبير في تطور المسار العلمي وتحديث المناهج في حوزاتنا العلميّة وجامعاتنا الدينيّة[1].

وقد جرينا في هذه الترجمة على ما تعارف عند أهل التراجم من الحديث عن نسبه وولادته، ونشأته العلميّة ومكانته، ثم نفصّل الحديث عن أعماله الإصلاحية، ونختم بوفاته.

نسبه:

هو أبو محمّد الشيخ محمّد رضا بن الشيخ محمّد بن الشيخ عبدالله الشهير بالمظفر[2]، وفي الأعلام: «عبدالله بن أحمد»[3]، وذكر الشيخ محمد طاهر الشيخ راضي بأن الشيخ عبدالله هو ابن الشيخ محمد بن الشيخ أحمد بن الشيخ مظفر[4].

وآل المظفّر من الأُسر العلميّة في النجف الأشرف، تمتدّ الى أواسط القرن الثاني عشر الهجري، وقطن بعض رجالها (الجزائر) التابعة لمحافظة البصرة[5].

وقد نسب للشيخ مظفر جد الأُسرة الأعلى أن اصوله النسبيّة تعود الى أهل

---

١ ـ وهي ملاحظات تصلح أن تكون على معظم تراجم علمائنا الاماميّة.

٢ ـ علي الخاقاني: شعراء الغري ٨: ٤٥١ ط. قم سنة ١٤٠٨ هـ.

٣ ـ خير الدين الزركلي: الأعلام ٦: ١٢٧ ط. بيروت سنة ١٩٨٦ م. وكذا الشيخ جعفر آل محبوبة: ماضي النجف وحاضرها ٣: ٣٧٤ ط. بيروت سنة ١٩٨٦ م.

٤ ـ لاحظ الشيخ محمد حسن المظفر: دلائل الصدق (تقديم آية الله الشيخ محمد طاهر الشيخ راضي) ١: ١٠. ط قم.

٥ ـ الشيخ محمد مهدي الآصفي: مقدمة عقائد الإماميّة للشيخ محمد رضا المظفر ص ٢ ط. النجف.

العوالي من العرب المضرية من قبيلة آل علي ، وهي معروفة تقطن الديار الحجازيّة في عوالي المدينة المنوّرة[1] .

ولادته وتربيته :

ولد شيخنا المترجَم في النجف الأشرف في « محلة البُراق »[2] ، وكانت ولادته بعد وفاة أبيه بخمسة أشهر ، كما وجد ذلك مكتوباً بخطه : « ولدت في ٥ شعبان من عام ١٣٢٢ هـ ، وقد توفي والدي العلامة الشيخ محمد بن الشيخ عبدالله المظفر في غرة ربيع الأول في هذه السنة ، فكانت ولادتي بعده بخمسة أشهر ، فلم أره ولم يرني وقد كفلني أخي الكبير المرحوم الشيخ عبد النبي[3] المتوفىٰ ١٣٣٧ هـ ، فكان لي كالأب الرؤوف ، وبعده بقيت تحت ظل أخي وأستاذي العلامة الشيخ محمد حسن الى حين كتابة هذه الأحرف »[4] .

نشأته العلميّة :

ترعرع في بيت العلم والفضيلة ـ وكما تقدم ـ قد كفله أخواه الشيخ عبد النبي ، والشيخ محمد حسن ، وقد كان الأخير أحد مراجع الدين في النجف الأشرف ، وقد « رباه تربية دينية وغذاه من نبوغه وفضله »[5] ، وكان لذلك الأثر البالغ في نموه العلمي وارتقائه المبكر .

وقد حدثنا المترجم له عن مسيرته العلمية باجمال ، حيث قال :

« ابتدأت في دراسة علم النحو حوالي سنة ١٣٣٥ هـ ، فقرأت الأجروميّة

---

١ ـ راجع مقدّمة دلائل الصدق ص١٣ .
٢ ـ انظر جعفر الخليلي : هكذا عرفتهم ٢ : ١٣ منشورات الشريف الرضي ، قم .
٣ ـ وهو أخوه من أبيه ، وكانت له وجاهة بين الناس ومكانة مرموقة ، هكذا عرفتهم ٢ : ١٣ .
٤ ـ شعراء الغري ٨ : ٤٥١ .
٥ ـ ما ضي النجف وحاضرها ٣ : ٣٧٤.

على الطريقة المألوفة بين الناس [يقصد في الحوزة] ، ولعدم رغبتي في الدرس في ذلك الحين كنت لم أحفظها حفظاً كالعادة ، وهكذا بقيت على التهاون في الاشتغال في قراءتي لباقي كتب النحو ، ولما انتقلت إلى المنطق فتحت عيني للدرس ، فكثر جِدي في التحصيل وتداركت ما فات مني في علم النحو ، ولكن مع ذلك كان شغلي على غير تحقيق وتدقيق ، حتى حضرت المطوّل على الأستاذ الشيخ محـمد طـه الحويزي وجملة من علم الأصول ، فاستفدت منه فائدة كلية ، وتعلمت منه كيف يتوصل الى التنقيب عن المسائل العلمية بما كان يـتوسع بـه في بسـط المسـائل وتحقيقها .

وفي خلال ذلك تتلمذت عليه في الشعر ، فكان له عليّ المنة الكبرىٰ في تعلم النظم حتى اشتَدَّ ساعدي في ذلك كله .

ثم بعد ذلك حضرت علم الأصول والفقه على أخي الشيخ محمد حسن ، ولم أزل في خدمته حتى الآن ، وفي أثناء حضوري عنده أدامه الله تعالىٰ حضرت على جملة من الأساتذة الكبار في الأصول . كالشيخ آغـاضياء [الديـن] العـراقي ، والشيخ محمد حسين الاصفهاني ، والأخير إلى الآن أحضر في بحثه .

وفي خلال شغلي في العلوم الدينيّة تعلمت جمـلة مـن العـلوم كـالعروض والحساب والهندسة والجبر ، وشيئاً من الهيئة .

وقد ألّفت كتاباً في علم العروض سنة ١٣٤٣ هـ على الأسـلوب الحـديث ولكن بقي ناقصاً ، وإلى الآن لم أوفق إلى اتمامه ، ولي كتابات في كثير من العلوم لم تزل مبعثرة[١] ، وأكثرها في الأصول »[٢] .

وذكر الشيخ الطهراني ﷺ أن المترجم له قد حضر في الفقه والأصول على الميرزا محمد حسين النائيني ، وحضر على الشيخ الاصـفهاني في الفـلسفة عـدة

---

١ ـ وقد عثرت على جملة منها في ضمن أوراق ودفاتر كما وصـفها ﷺ ، وسـتأتي الاشـارة الى ذلك عـند التعرض لأعماله ومؤلفاته في هذه المقدّمة .

٢ ـ شعراء الغري ٨ : ٤٥١ ـ ٤٥٢ . (مصدر متقدم) .

سنين[1] ، فضلاً عن حضوره عليه في الفقه والأصول .

مكانته العلميّة والدينيّة :

كان رضوان الله تعالى عليه يتوسم فيه النبوغ منذ حداثة سنه[2] ، وتهيأت له ظروف ملائمة ساعدت على نموه السريع ، فقد تربىٰ في بيت العلم والفضيلة على يد أخويه ، ودراسته على جهابذة عصره من العلماء أمثال الآقا ضياء الدين العراقي والميرزا النائيني والشيخ محمد حسين الاصفهاني الذين رسموا مناهج الأبحاث العالية في الفقه والأصول ، وكانوا يمثلون آنذاك أبرز المدارس الأصولية ، بل انحصرت المدارس فيهم في تلك الحقبة العلمية التي عايشها شيخنا المؤلف ، وكان لكل واحد منهم أتباع ، ولا زالت آراؤهم العلمية الى عصرنا هذا مهيمنة على جامعاتنا الدينيّة ، وهي المادة الأساس للأبحاث العالية في وقتنا الحالي .

وكان مُجازاً في الاجتهاد من أخيه الشيخ محمد حسن[3] ، ومن استاذه الشيخ محمد حسين الاصفهاني ، ومن الميرزا عبد الهادي الشيرازي[4] ، لذا عدّه البعض بأنه « فقيه إمامي »[5] وهذا لقب ذو أبعاد معنويّة يفهمها أهلها .

وبالإضافة إلى ذلك كله كان مميزاً باقباله على مطالعة الكتب الحديثة[6] .

وكانت له مكانة مرموقة يشهدها القاصي والداني ، وهذا ليس غريباً على من عايش تلك الظروف التي أكسبته الثقة في الحوزة الدينيّة حتى صار من أعلامها يسعىٰ اليه الفضلاء للاستفادة من معينه ، فكان استاذاً ناجحاً ذائع الصيت

---

١ ـ الآقا بزرگ الطهراني : طبقات أعلام الشيعة (نقباء البشر) ٢ : ٧٧٢ ط . قم سنة ١٤٠٤ هـ والشيخ محمد حرز الدين : معارف الرجال ، التعليقة ٢ : ص٢٤٧ ط . قم سنة ١٤٠٥ هـ .

٢ ـ انظر معارف الرجال ٢ : ٢٤٧ ، وشعراء الغري ٨ : ٤٥٣ ، وهكذا عرفتهم ٢ : ١٧ .

٣ ـ هكذا عرفتهم ٢ : ٢٣ (مصدر مذكور) .

٤ ـ معارف الرجال ، (التعليقة) ٢ : ٢٤٧ .

٥ ـ الأعلام ٦ : ١٢٧ (مرجع مذكور) .

٦ ـ انظر هكذا عرفتهم ٢ : ١٨ .

حتى تخرّج على يديه الكثير من العلماء[1].

وكان من أئمة الجماعة في النجف الأشرف، وصلى خلفه كثير من أهل العلم والايمان[2]، فقد شغل مكان أخويه الشيخ محمد حسن والشيخ محمد حسين في الصلاة بالناس والتصدّي للمراجعات الدينيّة[3].

أعماله الاصلاحيّة :

إنّ شيخنا المترجم كان له دور فعال وإيجابي، بل ومثمر على صعيدي الفكر والإصلاح العلمي، فهو « ممن ساهم في الحركة الفكرية في النجف، واشتغل في كثير من المسائل الدينية العامة »[4]، ويعد من الأوائل الذين التفتوا إلى « وجوب إيجاد حركة جديدة في طريقة البحث والاستقراء ... والمبادرة الى إحياء المؤلفات الخطيّة ونشرها، والتعليق عليها بقالب يتمشىٰ مع هذا العصر »[5].

وقد أسس لهذا الغرض جمعية منتدىٰ النشر عام ١٣٥٤ هـ[6]. وهي إحدىٰ ثمراته التي لا ينساها له تأريخ النجف العلمي[7].

وكان من مهمات تلك الجمعية القيام بإصلاح المناهج الدراسيّة في الحوزة ـ وخصوصاً مرحلة السطوح ـ وتنظيم الدراسة تنظيماً يوفر على الطالب كثيراً من الوقت والجهد، مع الحفاظ على المستوىٰ العلمي المطلوب، بالإضافة إلى العمل على تبسيط الكتب الدراسية وجعلها خالية من الغموض والتعقيد قدر المستطاع

---

١ ـ المصدر عينه : ١٩.
٢ ـ انظر ماضي النجف وحاضرها ٣: ٣٧٤.
٣ ـ هكذا عرفتهم ٢ : ٢٣.
٤ ـ نقباء البشر ٢ : ٧٧٢.
٥ ـ هكذا عرفتهم ٢ : ٢١.
٦ ـ راجع نقباء البشر ٢ : ٧٧٢، ومعارف الرجال التعليقة ٢ : ٢٤٧ وغيرهما، (لكن في مقدمة عقائد الاماميّة ص ١٠ : ان التأسيس عام ١٣٥٣ هـ).
٧ ـ شعراء الغري ٨: ٤٥٣.

مما يسهل مهمة الطالب ويتيح له تقدماً سريعاً.

وكانت هذه المؤسسة ترصد واقع النجف، وتجهد للقيام بعمل جذري في سبيل الإصلاح[1].

وأما التجربة الأولىٰ في هذا الصدد، فكانت بتأسيس مدرسة عالية للعلوم الدينية أو كلية للاجتهاد، وذلك في سنة ١٣٥٥ هـ. فافتتح الصف الأول الذي كان يدرّس فيه أربعة علوم: الفقه الاستدلالي والتفسير وعلم الأصول والفلسفة على شكل محاضرات توضع بلغة سهلة واضحة، فتبرع بتدريس الأول والثاني الشيخ عبد الحسين الحلي، وتبرع بتدريس الثالث والرابع الشيخ عبد الحسين الرشتي، ومن الجدير بالذكر والتنويه أن تبرُّع هذين العلمين بالتدريس دراسة منظمة من أهم الأحداث في تاريخ النجف الأشرف[2].

وقد توجه شيخنا المترجم رضوان الله تعالى عليه بكل قواه في إنجاح هذا المشروع الذي كان الغرض منه ـ كما تقدم ـ تنظيم الدراسة الدينيّة وتنسيقها بالاضافة إلى وضع المناهج، «ولقيتْ هذه الفكرة عند السيد أبي الحسن الاصفهاني ـ المرجع الديني الكبير آنذاك ـ تأييداً، بحيث أفتىٰ [بجواز] إنفاق الوجوه الشرعية على هذه المدرسة»[3].

ومن أهداف الجمعيّة أيضاً القيام بطبع الكتب التراثيّة بعد تحقيقها[4]، يقول الخاقاني في هذا المجال: إنه ﷺ أسس «مجمعاً ثقافياً يتحف المكتبة العربية [والاسلامية] بين حين وآخر بالآثار المحترمة»[5].

وبالفعل فقد أصدرت العديد من الكتب، ككتاب تذكرة الفقهاء للعلامة

---

١ ـ راجع منشور: كلية الفقه في النجف الأشرف ص٦، وهو من منشورات منتدىٰ النشر سنة ١٣٦٠ هـ.

٢ ـ نقلاً عن مقدمة عقائد الامامية ص١٠.

٣ ـ هكذا عرفتهم ٢: ٢٣.

٤ ـ انظر المصدر المتقدّم ص٢١.

٥ ـ شعراء الغري ٨: ٤٥٤.

الحلي ، وكتاب حقائق التأويل في متشابه التنزيل للشريف الرضي ﷺ .

ومن نتاج الجمعيّة أيضاً إصدار بعض المنشورات الفكرية للتوعية ، ولتكون بمثابة صوت لعلماء النجف وحوزتها الدينيّة ، كمجلة البذرة ومجلة النجف التي كانت تُعنىٰ بقضايا الفكر والعقيدة .

وكانت تعنىٰ الجمعيّة أيضاً بتثقيف طلاب العلوم الدينيّة وتعليمهم أساليب الخطابة والأدب[1] ، ومن نوابغها في هذا الحقل من « انتهت إليهم زعامة المنابر [الحسينيّة] كالخطيب الشيخ أحمد الوائلي والسيد جواد شبر والسيد عبد الحسين الحجار والشيخ محمد جواد قسام والشيخ مسلم الجابري »[2] ، فمنهم من قضىٰ نحبه ومنهم من ينتظر .

تأسيس كليّة الفقه[3] :

في عام ١٣٧٦ هـ تأسست كليّة الفقه ، فكانت زبدة المخض ومن الانجازات المهمّة لجمعيّة منتدىٰ النشر ، واعترفت بها وزارة المعارف سنة ١٣٧٧ هـ.

وكان شيخنا المترجم عميدها ، وقد ضمنها منهجاً دراسياً حديثاً ، يشتمل على الدراسات الدينيّة وعلوم أخرىٰ ، كالتاريخ والاجتماع وعلم النفس والفلسفة الاسلامية والحديثة والأدب ، بالإضافة إلى تدريس اللغة الأجنبيّة .

ومدة الدراسة فيها أربع سنوات ، وكان لا يدرِّس فيها إلا حاملو إجازات

---

١ ـ المصدر عينه .

٢ ـ هكذا عرفتهم ٢ : ٢٥ .

٣ ـ لقد قامت في النجف الأشرف عدة محاولات اصلاحيّة لتنظيم الدراسة الحوزويّة المعروفة بالحلقات، يراجع في هذا الصدد المصادر التالية :

١ ـ الحوزة العلميّة في النجف : علي البهادلي . ط . بيروت دار الزهراء سنة ١٩٩٣ م .

٢ ـ وكتاب (من التنظيم الدراسي في النجف الأشرف والحواضر العلميّة) وهو لا يزال تحت الطبع ، اعداد محسن محمد محسن في بيروت . وهذه الدراسة عن مدرسة الجزائري من كل الجوانب بتوسع (تاريخ التأسيس والمنهج والنشاطات) .

الاجتهاد أو التدريس من مراجع التقليد ، أو الشهادات الجامعيّة من جامعة معترف بها[1] .

والهدف من هذه الكليّة تأهيل طلابها لحضور الدروس العالية التي يلقيها أساتذة النجف الكبار ومراجع التقليد فيها ، وإعداد الطلاب ليكونوا مرشدين دينيّين يحملون ثقافة عامّة وخاصّة مماشاة لما يقتضيه واقع هذا العصر ، ليقوم رجل الدين المعاصر بأداء مهمته الرسالية على خير وجه في كل المجتمعات[2] ، وفتح آفاق جديدة أمام علماء الدين في عالم التبليغ ، كالدخول إلى الجامعات العصرية وما شاكلها ، وبالفعل فقد أكمل بعض المنتسبين اليها الدراسات الجامعيّة والدينيّة فنال بعضهم درجة الاجتهاد من مراجع النجف ، وحاز بعض آخر على إجازة الدكتوراه في العلوم الاسلامية في بغداد والقاهرة .

وقد سعىٰ الشيخ المظفر ﷺ لتحصيل الاعتراف بالكلية في بعض الجامعات العربية كجامعة القاهرة ، فوفق لذلك على ما نقله لي والدي العلامة الحجة الشيخ محمود الكوثراني دام ظله[3] .

مواقفه السياسيّة :

كان ﷺ أحد أعضاء جماعة العلماء في النجف التي تشكلت لتوجيه المجتمع الاسلامي ، والشعب العراقي بصورة خاصّة ، ومحاربة الشيوعيّة والمبادئ الالحاديّة والسلطات الجائرة[4] .

وله مواقف سياسيّة أخرىٰ هامّة ، منها معارضته لدفن رضاشاه في النجف

---

١ ـ انظر : كلية الفقه في النجف الأشرف ، وهو منشور وضعه بعض المدرسين وأقره مجلس الكلية ، طبع سنة ١٣٨٠ هـ ، في مطبعة النجف ، وانظر : علي البهادلي : الحوزة العلميّة في النجف ص٣٦٦ ط . بيروت دار الزهراء سنة ١٩٩٣ .

٢ ـ لاحظ المنشور المتقدم .

٣ ـ وكان قد لازم الشيخ محمد رضا المظفر كثيراً مدة اقامته في النجف الأشرف وقد بلغت خمسة عشر عاماً .

٤ ـ معارف الرجال ، التعليقة ٢ : ٢٤٧ ، وانظر نقباء البشر ٢ : ٧٧٢ .

حين أزمعت الحكومة الايرانية على نقل جثمان الشاه من منفاه ودفنه في النجف ، ولكن عدلت الحكومة الايرانية آنذاك عن ذلك وقررت دفنه بطهران[1] .

ولاؤه لأهل البيت عليهم السلام والحس المذهبي عنده :

كان قمة في الولاء لآل بيت الرسول، وأشياعهم ، وكيف لا وهم أهل الحق ، وهم الطريق الواضح اللاحب في معرفة شريعة سيد المرسلين وتعاليم السماء.

وهذه ميزة كان يتمتع بها هو واخوته الأعلام ، وكان ولاؤهم عن برهان ودليل قاطع ، وقد بان ذلك في كتاباتهم في هذا المجال التي تصدرت مثيلاتها في عصرنا الحاضر .

نظرته الى الشعائر الدينيّة :

كان الشيخ المظفر رحمه الله يرىٰ بأنه لا منافرة بين الفكر التجديدي والاصلاحي ، وبين كثير من الموروثات الدينيّة التي ثبت رجحانها الشرعي وعدم مناقضتها لتعاليم الشريعة السمحاء ، فنجد بالرغم من كل دعواته الاصلاحيّة في مجال تحديث المناهج ، وتطوير عمليّة التفكير ، وايجاد السبل الناجحة والكفيلة باعداد مجتمع رسالي هادف ـ نجد ـ تمسكه بالشعائر الدينيّة وتأييدها ، وبالأخص الحسينيّة منها كالضرب بالسيوف والسلاسل واللطم على الصدور في ذكرىٰ عاشوراء[2] ، باعتبارها ـ بعد عدم منع شرعي عنها ، وإباحتها ذاتاً ـ لم تستلزم محذوراً إجتماعياً ذلك العهد ، بل كانت أدوات فعالة في إثارة الحماس المذهبي في النفوس ، وتثبيت روح الولاء للأئمة الأطهار عليهم أفضل التحيّات والتسليم .

---

١ ـ هكذا عرفتهم ٢ : ٢٩ .

٢ ـ راجع هكذا عرفتهم ٢ : ٢٠ ـ ٢١ .

أعماله الفكرية :

وأما نتاجه الفكري وعطاؤه العلمي فيعد من النفائس ، فله مؤلفات عديدة أصبحت معتمداً في الحوزات العلميّة والمحافل الثقافية حتى ان بعض كتبه تعد الآن من الضروريات لطالب العلم ، إذ لا يمكن الاستغناء عن دراستها لمتابعة مسيرته العلميّة في الحوزة ، ككتابيْ المنطق وأصول الفقه .

وبالرغم من أن حياة شيخنا المظفر كانت قصيرة ، قضاها عملاً وجهاداً في سبيل إعلاء كلمة المذهب الحق ، والمصلحة العامّة ، فإنه قد أغنى المكتبة الاسلامية بمؤلفاته القيّمة في ميادين شتىٰ وعلوم مختلفة ، وهي :

١ ـ كتاب في المنطق يقع في ثلاثة أجزاء ، وهو مطبوع ، ويعد الآن من كتب المقدمات التي تدرس في الحوزات العلميّة في حاضرات البلدان الاسلامية والعواصم الشيعيّة كالنجف الأشرف وقم المشرفة وخراسان وفي بلاد الشام لا سيما جبل عامل .

٢ ـ كتاب في أصول الفقه ، وهو عبارة عن محاضرات ألقىٰ جملة منها في كلية الفقه ، وهو متداول الآن في الحوزات يقع في أربعة أجزاء ، ويعد هذا الكتاب بمثابة الحلقة المفقودة في علم الأصول بين كتابي المعالم وكفاية الأصول ، وقد أكسب هذا الكتاب مؤلفه شهرة عظيمة لما ناله من إعجاب وإقبال منقطع النظير في الأوساط العلمية الدينيّة ، فهو يجمع بين سلاسة العبارة ودقة البحث وعمق الفكرة ، مع انتقاء الآراء الحديثة التي وصل اليها هذا الفن بعد عرض توضيحي لآراء الأصوليين المتقدّمين .

٣ ـ كتاب السقيفة : وهو سفر قيّم مطبوع ، تعرَّض فيه لجذور الخلاف في مسألة الخلافة الاسلامية .

٤ ـ على هامش السقيفة : وهو كراس يتضمن أجوبة مسائل وإشكالات أثارها البحاثة الأستاذ عبدالله الملاح حول موضوع السقيفة ، وقد طبع في سنة

١٤٠٠ هـ منضماً إلى كتاب السقيفة بتقديم الدكتور محمود المظفر .

٥ ـ عقائد الإماميّة : وفيه بيان لأصول الدين وعقيدة الشيعة في كثير من المسائل الكلاميّة المهمة ، وهو من الكتب التي تدرس في الحوزة كبداية في علم الكلام .

٦ ـ دروس في الفلسفة الإسلامية : وقد وزعها المؤلف ﵀ على طلاب كلية الفقه على شكل كرّاسات ، وطبعت مؤخراً بعنوان « الفلسفة الإسلامية » .

٧ ـ أحلام اليقظة : وهو دراسة حول فلسفة صدر المتألهين المشهور بملا صدرا الشيرازي ، وطبع في مقدمة الأسفار .

٨ ـ أضغاث أحلام : وهو عبارة عن كراس صغير يضم أربعة أحلام يظهر فيها المعاناة من جراء الأوضاع السائدة ، وفيها نقد رمزي لبعض الزعامات ولا يزال مخطوط وقد رأيته في جملة كتابات الشيخ ﵀ وأوراقه التي حصلت بحوزة والدي العلامة حفظه الله .

٩ ـ ابن سينا : ترجمته ودراسة لفلسفته ...[1] .

١٠ ـ ترجمة الشاعر البغدادي الأزري مطبوعة في مقدمة الازرية ، وهي القصيدة الهائية المعروفة التي مطلعها :

لمن الشمس في قباب قباها   شفّ جسم الهدىٰ بروح ضياها

١١ ـ حاشية على البيع وعلى الخيارات من كتاب المكاسب للشيخ الأنصاري ﵁ ، وهو كتابنا هذا .

١٢ ـ وله مقالات فكرية وأدبيّة نشرت في بعض المجلات كالعرفان والدليل والنجف والبذرة وغيرها .

---

١ ـ راجع في كل ذلك : نقباء البشر ٢ : ٧٧٢ ، وماضي النجف وحاضرها ٢ : ٣٧٤ ، والأعلام للزركلي ٦ : ١٢٧ ومعارف الرجال ٢ : ٢٤٧ .

شعره :

كان شيخنا المترجم من شعراء النجف وأدبائها المرموقين ، وله شعر جيد وكثير ، وعد من المساهمين في ثروة النجف الأدبيّة ، فقد « دخل ميادين النظم وهو مبكر ، وأجاد في قرض الشعر وهو يافع ، وعرفته الأندية الأدبية شاعراً له وزنه بين أخدانه قبل أكثر من ربع قرن ، وقد نظم أكثر من ألفي بيت ... وشعره متين في أكثره ، ورصين في معظمه ... وقد نزع في قسم منه الى تصوير بعض الخواطر الفلسفية والنفسية ، كما نال استحسان الأدباء ... وله نظم في كثير من ابواب الشعر ومنه الموشحات فأجاد في أكثره»[١] .

وذكرت أشعاره في عدة كتب ومجلات ، وفي شعراء الغري نقل كثيراً من أشعاره ، وله شعر ولائي في مديح أهل البيت عليهم السلام ورثائهم .

وفاته ومدفنه :

ستّون عاماً قضاها شيخنا المظفر قدس سره في هذه الدنيا ، وقد أنتجت ثمارها جهاداً وعطاءاً في سبيل علوم آل محمد صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ، فكان رحمه الله حركة دائمة[٢] ومعيناً لا ينضب إلى أن وافته المنيّة وجاءه الأجل في النجف الأشرف « في ليلة ١٦ رمضان من سنة ١٣٨٣ هـ»[٣] .

وقد كان يوم وفاته مشهداً عظيماً ، وشيّع بتشييع حافل بالعلماء والوجوه

---

١ ـ شعراء الغري ٨ : ٤٦١ (مصدر متقدم) .

٢ ـ وتأكيداً لذلك فقد حدثني والدي العلامة حفظه الله انه في مساء ليلة وفاة شيخه المظفر (وكان ذلك في الساعة العاشرة ليلاً) ان المرحوم قد طلب من والدي أحد مجلدات أعيان الشيعة الذي يتضمّن ترجمة العلامة الحلي ، فأراد والدي أن يقوم بنفسه بنقل الترجمة وتجهيزها بين يدي شيخه المظفر رحمه الله ، إلا أن الشيخ أحب أن يكتبها بنفسه ، وقبل إحضار الكتاب وبعد مفارقته إياه بنصف ساعة وافته المنيّة ، وكان بيت الوالد قريباً ، وهذا إن دل على شيء ، فانّما يدل على شدّة اهتمام الشيخ رحمه الله باستغلال وقته وعدم إضاعة أي فرصة للعطاء حتى في حال مرضه .

٣ ـ معارف الرجال ، التعليقة ٢ : ٢٤٧ ، وفي الأعلام ٦ : ١٢٧ جاء انه توفي سنة ١٣٨٤ هـ .

الذين حضروا من النجف وخارجها لتوديع الشيخ رضوان الله تعالى عليه إلى مثواه، حيث دفن مع أخيه الحجّة الشيخ محمد حسن بمقبرتهم الخاصّة[1].

وقد أقيمت على روحه مجالس فاتحة في معظم محافظات العراق آنذاك من قبل الجاليات العلميّة وعامة الشعب، وقد أحصي ستة عشر مجلساً في آن واحد في مختلف مناطق العراق، بحيث تَوزَّع طلابه وخواصه على تلك المجالس[2].

حول الكتاب:

١ ـ حاشية الخيارات: وهي عبارة عن دفتر من القطع الكبير، قد ذكر اسمه على أول صفحة منه ثم ثَبْت المحتويات ثم الحاشية.

وقد عثرت عليها مع جملة من أوراق ودفاتر مخطوطة في مكتبة والدي العلامة حفظه الله، وقد وصلتْ إليه عبر أولاد الشيخ المؤلف ﷺ، وأوكلوا إليه النظر فيها لنشر ما لم ينشره المرحوم الشيخ، وكان ذلك من أبناء الشيخ لما وجدوه من شدة ملازمة والدي العلامة للمرحوم واطلاعه على كثير من خصوصيّاته وكثرة عناية الشيخ ﷺ بوالدي، حتى أنه ﷺ قد أوكل الى والدي تدريس أحد أبنائه عساه يصبح من أهل العلم[3].

٢ ـ حاشية البيع: وهي مجموعة أوراق غير منسقة تشكل حاشية على قسم وافر من البيع من كتاب الشيخ الأنصاري ﷺ، وكأن بعضها مسودات لكثرة ما فيها من ضرب بالقلم وحذف، ومن الملاحظ أنها لم تعد من جملة تأليفاته وآثاره في كتب التراجم التي تعرضت لشرح أحواله، ولكن هناك قرائن ومؤيدات تشير الى صحة نسبتها إليه:

وهي ان الشيخ رحمه الله قد أشار إليها صراحة في أول حاشية الخيارات،

---

١ ـ معارف الرجال، التعليقة ٢: ٢٤٧.

٢ ـ سمعته شفاهاً من والدي العلامة دام ظله.

٣ ـ ولده المذكور المسمىٰ بـ« ضياء ».

عندما كان يفرق بين المصدر واسم المصدر ، وهذه عبارته هناك قال : « كما أوضحنا ذلك في أول البيع فراجع »[1] ، وبالفعل فقد ذكر مفصلاً الفرق بين المصدر واسم المصدر في تلك الأوراق[2] ، وكذا أحال في الخيارات على المعاطاة حيث قال : « قد تقدم منا في المعاطاة وغيرها » .

فضلاً عن كونها بخطه وفي ضمن أوراقه ، بالاضافة إلى اتحاد الأسلوب[3] .

وآثرنا نشر هذه الأوراق بعنوان « حاشية على البيع بالرغم من عدم ترتيبها من قبل المصنف ، وكون بعضها كالمسودات ، حفاظاً عليها ، لتدخل في جملة آثاره الخالدة .

عملنا في الكتاب :

كانت كتابة الشيخ المؤلف ﷺ للحاشية على النمط القديم للكتابة من حيث عدم توزيع النص إلى فقرات ثم الى جمل ، لذا قمنا بتقطيعها بالاسلوب الحديث ، وكل تصرف من تصحيح أو إضافة أشرنا إليه في الهامش ، أو حصرناه بمعقوفتين ؛ إلاّ ما وقع من التصرف في رسم بعض الكلمات حيث كتبناها على الرسم المتعارف عليه الآن .

ثم أوردنا مصادر النصوص من الآيات والروايات في الهامش ، ليسهل تناول الكتاب وتعم الفائدة ، والله الهادي الىٰ سواء القصد .

ولنقطع الكلام حامدين مصلّين مستغفرين .

جعفر كوثراني

في بيروت جمادى الاولى من سنة ١٤١٥ هـ.

---

١ ـ انظر حاشية الخيارات .

٢ ـ راجع حاشية البيع .

٣ ـ ولا يخفىٰ ان القسم الأخير من حاشية البيع ـ الذي يبدأ من شرائط العوضين ـ قد كتب في سنة ١٣٦١هـ، وهو متأخر عن كتابة حاشية الخيارات المؤرّخة في سنة ١٣٥٢ هـ.

نماذج مصورة من الحاشية



(١) قوله فهو البيع وهو في الاصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال الخ ليس هذه التعاريف التي تذكر في مثل المقام الا تعاريف لفظية تقريبا للمفهوم الموضوع له اللفظ والاقرب منها في تعريف البيع هو المذكور في المتن وان عرف بتمليك مال بمال بعوض ولكنه مبني على ان البيع هو عبارة عن انشاء التمليك وجعله كما يظهر من كلام الشيخ المصنف فيه اختيار ذلك ولكن الحق عدمه وذلك لان الملكية على ثلاثة انحاء الاول ملكية حقيقية عبارة عن وجدان الشيء بتمام وجدان وهي ملكية الملكوت مالك السموات والارض لمخلوقاته وهذا اعلى درجات الملكية والوجدان للشيء الذي ليس فوقه وجدان والثانية الملكية للمخلوقين التي هي عبارة عن الاحاطة بالشيء خارجا والاستيلاء عليها كاستيلائنا على ما في قبضة ايدينا خارجا ولباسنا وغير ذلك الذي يعد فيه تلك الاحاطة والاستيلاء الخارجي من مقولة الجدة والثالثة الملكية الاعتبارية الثابتة لاعتبار المعتبر التي ليس لها حظ من الوجود الا في عالم الاعتبار وهي عبارة عن اعتبار الاضافة بين المال والمالك فيكون مفهومها مفهوما اضافيا والمراد من الملكية في المقام هو المعنى الثالث لها بلا ريب وحيث كان الامر كذلك فليس معنى البيع هو انشاء التمليك واعطاء المشتري السلطنة على المال وبعبارة اخرى ليس هو عبارة عن نقل الاضافة بين المالك والمملوك الى المشتري والا لزم ان يكون للسلطنة سلطنة وللتمليك تمليك عليه فانه مضافا الى ان السلطنة لا سلطنة عليها والا لتسلسل انه لا يعقل اعتبار الاعتبار لان الاعتبار ليس بالاعتبار بل بالحقيقة والتمليك لاعتبار الملكية فكيف يعقل جعله وانشائه فليس البيع في الحقيقة الا نفس المبادلة ونقل طرف الاضافة الى طرف الآخر ~~لا نقل نفس الاضافة~~ بنقل طرف الاضافة الاخرى الى طرف الاضافة الاولى بلا ان يكون نقلا للمعنى الاضافي فنفس فلا يقع البيع والمبادلة الا على نفس المالين لا على السلطنة والملكية واما الاعراض عن المال فليس للسلطنة على ترك السلطنة بل لقطع طرف الاضافة وابطالها ويتبع ذلك ذهاب سلطنة الفعلية عن المال وكذلك الكلام في الهبة المعوضة فانه ليس معناها مبادلة سلطنة بسلطنة بل نقل طرف الاضافة الى طرف آخر كالهبة الغير المعوضة لكن على ان ينقل طرف الاضافة الاخرى للموهوب الى الواهب على ان يكون ذلك نقلا لطرف الاضافة الآخرى بلا بدلية ومعاوضة على السلطنة غاية الامر سلب السلطنة فهم من الثاني بدلا للسلطنة عن السلطنة التي حصلت له بسبب الهبة من الاول قوله فهو مسامحة اصحه الخ وجه المسامحة ان الانتقال انما هو اثر للبيع لا نفس البيع وان الانتقال من مقولة الانفعال والبيع من مقولة الفعل حيث يكون عبارة عن نفس الاصدار وان كان حينئذ المعنى المصدري ليس من مقولة الانفعال لكنه يشبه هذه المقولة قوله والا لم يعقل انشائه باللفظ الخ لان اللفظ سواء كان مجردا او قصد به معناه امر حقيقي خارجي والذي يعقل انشائه هو الامر الاعتباري الذي وجوده بوجود الاعتبار ~~محقق~~ وعلى تقدير القول بان البيع هو عبارة عن نفس الايجاب والقبول الذي هو من اللفظ كيف يعقل انشائه وايجاده باللفظ مع ان البيع مما ينشأ باللفظ الا ان يقال انه باعتبار ان البيع وجوده

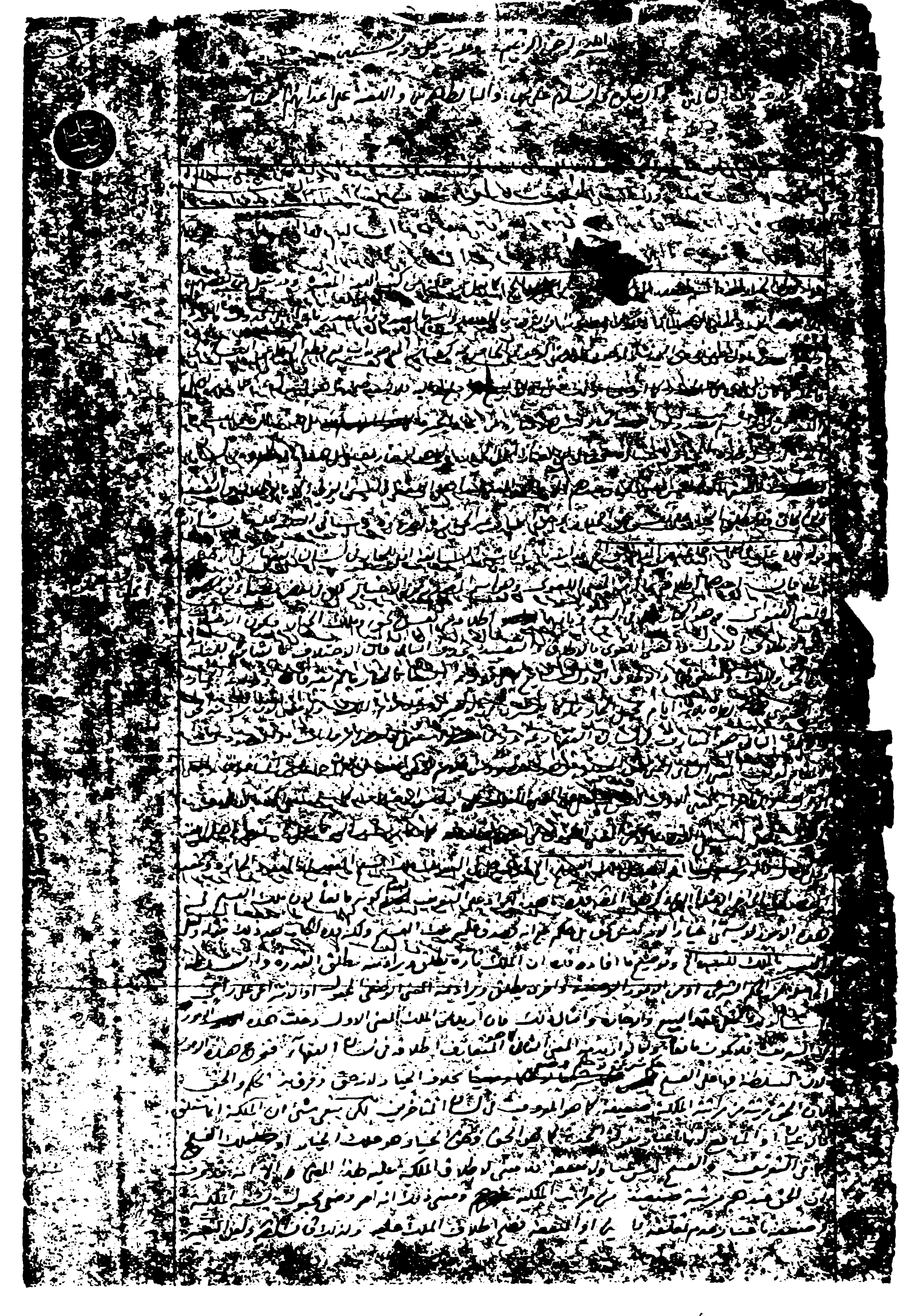
سواء كان البيع عبارة عن المبادلة او انشاء التمليك لا بقوله المتن

« الصفحة الأولى من حاشية البيع »

(شرائط العوضين)

الشرط الاول - المالية والملكية

« صفحة أخرى من حاشية البيع »



« الصفحة الأولى من حاشية الخيارات وفيها يبدو نقش خاتمه »

محتويات الكتاب

« ثبت المطالب ومحتويات الكتاب بخط المؤلف ؒ في أول الحاشية »

القسم الأوّل :

حاشية البيع



في تعاريف البيع

قوله : قدّس سرّه : **البيع وهو في الأصل ـ كما عن المصباح**[1] **: مبادلة مال بمال... إلىٰ آخره .**

ليس هذه التعاريف التي تذكر في مثل المقام الا تعاريف لفظية ؛ تقريباً للمفهوم الموضوع له اللفظ .

والأقرب في تعريف البيع هو المذكور في المتن وإن عُرّف بـ«تمليك مال بعوض» ، ولكنه مبني على أن البيع هو عبارة عن انشاء التمليك وجعله ، كما يظهر من كلام الشيخ المصنف ﷺ إختيار ذلك .

ولكن الحق عدمه ؛ وذلك لأن الملكية على ثلاثة انحاء :

الأولىٰ : ملكية حقيقية ، عبارة عن وجدان الشيء بأتم وجدان ، وهي ملكية الملكوت مالك السموات والأرض لمخلوقاته ، وهذا أعلى درجات الملكية

---

(١) أحمد بن محمد بن علي الفيومي : المصباح المنير ١ : ٨٧ (بيع) ط . مصر سنة ١٩٢٩ م .

والوجدان للشيء الذي ليس فوقه وجدان .

والثانية : الملكية للمخلوقين التي هي عبارة عن الاحاطة بالشيء خارجاً والاحتواء عليها ، كاحتوائنا على ما في قبضة أيدينا خارجاً ولباسنا ، وغير ذلك ، الذي يعد فيه تلك الاحاطة والاحتواء الخارجيين من مقولة الجدة .

والثالثة : الملكية الاعتبارية التابعة لاعتبار المعتبر ، التي ليس لها حظ من الوجود الا في عالم الاعتبار ، وهي عبارة عن اعتبار الاضافة بين المال والمالك ، فيكون مفهومها مفهوماً اضافياً .

والمراد من الملكية في المقام هو المعنى الثالث لها بلا ريب ، وحيث كان الأمر كذلك فليس معنى البيع هو : انشاء التمليك وإعطاء المشتري السلطنة على المال .

وبعبارة أُخرى : ليس هو عبارة عن نقل الاضافة بين المالك والمملوك الى المشتري ، والا لزم أن يكون للسلطنة سلطنة ، وللتمليك تمليك عليه ، فإنه ، مضافاً الى أن السلطنة لا سلطنة عليها وإلا لتسلسل ، إنه لا يعقل اعتبار الاعتبار ؛ لأن الاعتبار ليس بالاعتبار ، بل بالحقيقة ، والتمليك اعتبار للملكية ، فكيف يعقل جعله وانشاؤه ؟!

فليس البيع في الحقيقة إلا نفس المبادلة ونقل طرف الاضافة إلى طرف الآخر ، بنقل طرف الاضافة الأخرىٰ الى طرف الاضافة الأولى ، بلا أن يكون نقل لنفس[1] الاضافتين ، فلا يقع البيع والمبادلة إلا على نفس المالين ، لا على السلطنة والملكية .

وأما الإعراض عن المال ، فليس للسلطنة على ترك السلطنة ، بل لقطع طرف الاضافة واهمالها ، ويتبع ذلك ذهاب سلطنته الفعلية عن المال ، وكذلك الكلام في الهبة المعوضة ، فانه ليس معناها مبادلة سلطنة بسلطنة ، بل نقل طرف

---

(١) في الأصل : للنفس .

الاضافة الى طرف آخر ، كالهبة الغير المعوضة ، لكن على أن ينقل طرف الاضافة الأخرى للموهوب إلى الواهب ، على أن يكون ذلك نقلاً لطرف الاضافة الأخرى بلا بدلية ومعاوضة على السلطنة ، غاية الأمر تقع السلطنة قهراً من الثاني بدلاً عن السلطنة التي حصلت له بسبب الهبة من الأول .

قوله ﷺ : **والظاهر اختصاص المعوّض ... إلى آخره .**

ليس المراد ظهوره من التعريف ، بل من استعمالاتهم في البيع ، ولا يبعد هذا الظهور وانصراف المبيع الى العين ، فلهذا يقع الاشكال في كثير من اطلاقهم البيع على نقل المنفعة ، ولا بدّ من حملها على المجاز والتسامح ، ولذا لو قال : «بعتك منفعة الدار» ، لا يكون الا كناية عن اجارة الدار ، حيث إن لازم اجارة الدار تمليك المنفعة ، فيكون استعمال اللفظ المركب ـ وهو بيع المنفعة في اجارة الدار ـ من قبيل استعمال اللفظ في ملزومه ، فإن صححنا وقوع العقد باللفظ المجازي يكون هذه اجارة صحيحة ، وإلا ففاسدة على ما سيأتي الكلام فيه .

ثم ان هنا مسألة لم يتعرض لها المصنف ﷺ ، وهي أن العين هل تشمل الكلي في الذمة كبيع مَنّ مِنْ حنطة في ذمته ، بعد فرض شمولها للعين الشخصية ، والكلي من معين خارجي كمَنّ من صبرة ، والكلي المشاع ؟

فيه إشكال ، ويرجع الاشكال من وجهين :

الأول : إنه لا بد من أن يكون المبيع معدوداً من المال للبائع قبل البيع ، وهذا الكلي الفرضي لا يعد من ماله ، ولذا لا يرتفع به التفليس ، ولا تلزم به الاستطاعة للحج ، ولا يثبت الغنى به ، الموجب لعدم استحقاق الزكاة ، الى غير ذلك من آثار المال المملوك لشخص ، نعم إنما يكون مالاً بعد البيع .

والثاني : ان البيع لا يكون إلا بملك ، والمفروض أن البائع غير مالك لهذا الكلي ، كما أن العتق لا يكون إلا بملك ، ولهذا استشكل في ما لو طلب من آخر أن

يعتق عبده عنه وأعتقه[١] عبده عن السائل، كيف يعقل أن يعتق عنه مع أنـه لم يملكه أبداً ؟! حتى التزم بعضهم ان الملك يحصل عقيب الإعتاق وقبل العتق .

ولكن يمكن الجواب عنهما :

أما عن الأول ، فبأنه يكفي أن يكون مالاً في حد نفسه وإن لم يكن بما هو منتسب إلى البائع ، ومن الواضح أن منّ الحنطة في حد ذاته مال يصح أن يقابل بالمال ، أي أنه مال بالحمل الشائع مما يباع ويشترى[٢] ، وهذا كاف في صحة بيعه .

واما عن الثاني فإنه لا وجه لاعتبار الملكية له قبل العقد ، بل يكفي حين العقد وإن لم يكن ملكاً قبل العقد ، وليس فيه بُعدٌ بعد أن كان البيع أمراً اعتبارياً ، فليكن موضوعه كذلك .

والحاصل أنه بعد ما ثبت صحة البيع في المقام وجواز بيع ما في الذمة ـ كبيع السلم ـ فلا يكون ذلك إلا تعليلاً بعد الورود ، فإن أمكن توجيهه وتطبيقه على القواعد فذاك ـ ولا يبعد توجيهه بما ذكرنا ـ وإلا فكاف في صحته الدليل القائم عليه ، وكلما كان وجهه فليكن ، اذ لا ثمرة عملية فيه بعد الاتـفاق عـلى جـواز استيجار الحر وجعل عمله ثمناً لمبيع .

ولهذا قال صاحب الشرائع ﷺ في مسألة من قال : « اعتق عبدك عني » : والوجه الاقتصار على الثمرة ، وهو صحة العقد[٣] وبراءة ذمة الآمر ، ومـا عـداه تخمين[٤] .

واستحسنه الشهيد الثاني ﷺ في المسالك[٥] .

---

(١) في الأصل : واعتقد .

(٢) في الأصل : ويشرىٰ .

(٣) في الشرائع : «العتق» بدل «العقد» .

(٤) المحقق الحلي : شرائع الاسلام ٣ : ٥٥ . ط . قم (اسماعيليان) سنة ١٤٠٨ هـ .

(٥) الشهيد الثاني : مسالك الافهام ٢ : ٧٥ ط . قم (دار الهدىٰ) دون تاريخ .

وكذلك الكلام في مسألة عمل الحر كما سيأتي من المصنف ـ إشكالاً وجواباً ـ وان كان عمل الحر ليس بمملوك لأحد قبل الاستيجار حتى لنفسه ، ولذا لا يضمن الظالم في حبسه عمله ، اذ ليس فيه تفويت لمال على أحد ، بخلاف عمل العبد ؛ لأنه مملوك لمالك العبد ، فلا بد من الضمان في الحبس .

والحاصل : أن عمل الحر من المسلّم أنه ليس بمال ، ولا مملوكاً لأحد قبل جعله ثمناً لمبيع او استيجاره ، إلا أنه في حد ذاته مال وإن لم يكن مالاً لأحد ، ويمكن اعتبار الملكية له حين العقد .

وقد يستدل على أنه ليس بمال لأحد ولا مملوك ، بعدم تحقق الاستطاعة به ، وبعدم الحجر عليه في التفليس ، وبعدم ضمان الظالم في حبسه .

ولكن يجاب عنه : بأن ذلك لازم مشترك حتى في منافع الأموال ؛ ضرورة أن من عنده دار باستيجارها مدة من السنين قد تحقق به المال الذي يستطيع به مثله ، مع أنه لا نقول بتحقق الاستطاعة حينئذ ، وكذلك مسألة الحجر ، فإنه لا يحجر على منافع الدار إلى آخر الزمن ، مع أن منافعها يمكن استيجارها لمدة من الزمن ، وكذلك مسألة ضمان الظالم بالنسبة إلى حبس العبد ، فإنه بمجرد حبسه إذا لم يستوف منافعه لا نقول بالضمان ، فلا دلالة لهذه الأمور على عدم كونه مالاً ، فهذا جواب ثاني عن مسألة عمل الحر ، وأنه كباقي المنافع الأخر التي لا اشكال بصحة جعلها ثمناً ومثمناً في الاجارة .

قوله ﵀ : **مسامحة واضحة** ... الى آخره .

وجه المسامحة : أن الانتقال إنما هو أثر للبيع لا نفس البيع ، سواء كان البيع عبارة عن المبادلة أو إنشاء التمليك كما يقوله المصنف ، وأن الانتقال من مقولة الانفعال ، والبيع من مقولة الفعل ، حيث يكون عبارة عن نفس الإصدار ـ المعنى المصدري ـ وان كان حقيقة ليس من مقولة الانفعال ، لكنه يشبه هذه المقولة .

قوله ﷺ : وإلا لم يعقل إنشاؤه باللفظ ... إلى آخره .

لأن اللفظ ـ سواء كان مجرداً أو قصد به معناه ـ أمر حقيقي خارجي ، والذي يعقل إنشاؤه هو الأمر الاعتباري الذي وجوده بوجود الاعتبار ، وعلى تقدير القول : بأن البيع هو عبارة عن نفس الايجاب والقبول ـ الذي هو عبارة عن اللفظ ـ كيف يعقل إنشاؤه وإيجاده باللفظ ؟! مع أن البيع مما ينشأ باللفظ ، إلا أن يقال : إنه باعتبار أن البيع وجوده باللفظ ، فأطلق البيع على نفس السبب مجازاً.

ولكن ذلك رجوع إلى ما فررنا منه من المسامحة .

أو يقال : إن الإيجاب والقبول ليس هو اللفظ ، بل الإيجاب يكون باللفظ ، فليس الإيجاب إلا نفس الإيجاد للبيع ، وكذا القبول يكون باللفظ ، وليس هو إلا إنشاء الرضا بالبيع وإيجاده اعتباراً ، فلا يكون معنى الإيجاب إلا البيع بالمعنى المصدري ، الذي هو عبارة عن جهة الإصدار ، فليس هو من مقولة اللفظ حتى يقال : إنه لا ينشأ باللفظ .

ولكن التحقيق أن الإيجاب والقبول ـ كما تقدم ـ عبارة عن إيجاد البيع وإنشاء الرضا ، إلا أن الإنشاء لا يعقل انشاؤه ، وإلا لكان للإيجاد إيجاد .

فالمعقول من الإنشاء للبيع هو بمعنى الاسم المصدري فهو المنشأ لا المعنى المصدري ، فإن الإصدار لا يصدر .

والحاصل : أن البيع تارة يراد منه معناه المصدري ، وهو عبارة عن الإصدار وإيجاد المبادلة ، واللفظ يكون آلة لفعل المبادلة ، فلا بد من التعبير عنه حينئذ بالإيجاب والقبول ، وما أشبه ذلك مما يدل على ذلك المعنى المصدري ، إلا أن البيع بهذا المعنى لا ينشأ ، فالالتزام بأن البيع ينشأ بأي معنى كان ، التزام بلا ملزم .

وأخرى يراد منه معناه الاسم المصدري ، وهو عبارة عن نفس المبادلة

المعتبرة بلا ملاحظة نسبتها الى الفاعل ، ويكون الفرق بينه وبين الأول كالفرق بين الإيجاد والوجود ، وحينئذ لا بد من التعبير عنه بالمبادلة ونحوها ، وحيث إن المراد من إطلاقات البيع هو النحو الثاني ـ وهو المبحوث عنه في المقام ـ فلا بد من تعريفه بالمبادلة ، كما نقل عن المصباح .

ثم لو كان الايجاب والقبول من مقولة اللفظ ، فلا مانع من تعريف البيع به ـ بناءاً على أنه موضوع للأسباب ـ ولا يلزم إنشاؤه باللفظ ؛ لأن المنشأة هي المسببات لا الإسباب ، ولكن ستعرف أنه لا وجه للقول بوضعه له كغيره من ألفاظ العقود .

قوله ﷺ : **إن النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغة** ... إلى آخره .

أي أن النقل بالصيغة كإنشاء اللفظ في الاستحالة ، ضرورة أن اللفظ ـ سواء كان بنفسه منشأ أو بإنشاء المقيد به المستتبع لإنشائه ، كان القيد داخلاً أو خارجاً ـ محال أن يُنشأ ، مضافاً إلى لزوم توقف الشيء على نفسه ؛ لأن متعلق الإنشاء بالصيغة يكون نفس الصيغة .

قوله ﷺ : **ولا يندفع هذا بأن المراد** ... إلى آخره .

الحق أن الإشكال المتقدم يندفع بالقول بعدم دخل الصيغة في مفهوم البيع ، لا شرطاً ولا شطراً ، حيث يكون موضوعاً للحصة الخاصة من النقل الملازِمة للصيغة ، فيكون التعبير بالنقل بالصيغة اشارة إلى تلك الحصة الخاصة والفرد المخصوص من النقل ، ولكن غرض المصنف ﷺ ورود إشكال آخر عليه من جهة التعريف بعد اندفاع الاول .

وحاصله أنه ان كان المراد من الصيغة خصوص لفظ بعت لزم الدور ، وتوقف معرفته على معرفة البيع ؛ لأن المقصود تعريف مادة البيع ، فكيف [يكون] تعريفها بمادة البيع وهو لفظ بعت ؟!

وإن كان المراد ما هو أعم من ذلك فيشمل ملكت وأمثالها ، فلا يكون البيع مخصوصاً بقصد التمليك ، فيكون شاملاً حتى للتمليك بلا قصد ، فيلزم أن يكون البيع مقتصراً على مجرد النقل بلا اشتراط القصد ، مع أن البيع بالضرورة لا يقع بلا قصد .

هكذا حق التفسير للعبارة الأخيرة من كلامه ﷺ ، وان أُحتمل فيها أن المراد لزوم الاقتصار على مجرد النقل بلا اعتبار للصيغة ، إلا أنه سخيف للغاية ؛ لغرض اعتبار الصيغة في متن التعريف ، فكيف يلزم الغاؤها ؟! بل التعريف لما كان ملغياً فيه جهة القصد ، وجب الالتزام بالاقتصار على مجرد النقل ، وان كان النقل بالصيغة لازمه القصد عقلاً ، ولكن لا يخفى أن هذا الإشكال غير مخصوص بهذا الوجه ، بل يعم حتى الوجه الأول .

وكيف كان فيمكن أن يجاب عما أفاده المصنف :

أولاً : باختيار أن المراد من الصيغة هو لفظ بعت ، ولا يرد محذور الدور ، فإنه إنما يرد محذور الدور لو أخذ لفظ بعت في التعريف ، وأما إذا أخذ لفظ آخر دال عليها فلا ، وإلا لزم أن يكون تعريف الإنسان بالحيوان الناطق دورياً ؛ لأنه ليس المراد من الحيوان الناطق إلا الإنسان .

اللهم إلا أن يقال : بالفرق بين المقامين ، فإن الصيغة لا تدل على معنى بعت ، بل لا تدل إلا على نفس اللفظ ، بخلاف المثال ، فإن الحيوان الناطق دال على معنى الإنسان ، لا على لفظ الإنسان ، ولو دل كذلك لا محالة يلزم الدور .

ولكن نقول : نعم وإن كان فرق بين المقامين إلا أنه مع ذلك لا يلزم الدور ؛ وذلك لأن اللفظ تارة يلاحظ بما هو كيف مسموع بلا لحاظ دلالته على معنى اصلاً ، وأخرى يلاحظ بما أنه دال على معناه ، والمعرَّف حقيقة هو مادة البيع بمالها من المعنى ، فليس التعريف إلا لنفس المعنى للفظ البيع ، والمدلول للصيغة هو لفظ

بعت من حيث أنها لفظ ، لا بما لها من المعنى ، فلا توقف للشيء على نفسه ، فتدبر جيداً .

وثانياً : باختيار أن المراد من الصيغة ما هو أعم ، ولا يرد ما أفاده المصنف ﷺ .

بيانه أن النقل بالصيغة فعل اختياري للمكلف لا يُعقل فرض صدوره بالصيغة بدون قصد ، ففرضه فرض القصد بلا حاجة إلى دلالة كتعريفه بانشاء التمليك ، وإلا للزم ورود نفس الإشكال على المصنف ﷺ بتعريفه الآتي ، ومثله تعريفه بـ« مبادلة مال بمال » .

إلا أن يكون غرضه ﷺ بيان أن التعريف غير مانع لدخول الهبة والصلح والقرض ؛ لأن كلها يصدق عليها تمليك ونقل بالصيغة ، ومقتصر فيها على مجرد النقل والتمليك ، بخلاف البيع ، فانه غير مقتصر فيه على مجرد النقل ، بل النقل على سبيل المبادلة ، ولعل هذا الوجه هو الأقرب في تفسير كلام المصنف ﷺ فلاحظ ، ولا يرد عليه حينئذ شيء .

قوله ﷺ : **فالأولىٰ تعريفه بأنه إنشاء تمليك ... إلى آخره .**

لا يخفىٰ أن غرض المصنف ﷺ ـ كما قيل ـ من لفظ الإنشاء التعميم للبيوعات الفاسدة التي لم يحصل بها خارجاً تمليك ، وإنما هي صرف تمليك انشائي وإن لم يكن معتبراً لا عرفاً ولا شرعاً ، مثل : بيع الأشياء المحقرة التي لا تعد مالاً عرفاً ، وكبيع الخمر وأمثاله ، ولذا عبّر بتمليك عين ، وعدل عن لفظ مال ؛ لأن المحرم استعماله شرعاً أو الأشياء المحقرة محكومة بعدم المالية تعبداً ، أو مسلوبة[1] المالية عرفاً ، إلا أن هذا التزام بلا ملزم ، كما أنه يحتمل أن غرضه بيان اعتبار القصد تفصيّاً عما أورده أخيراً ، وقد عرفت ما فيه .

---

(١) في الأصل : مسلوبية .

وعلى كل حال **فالتحقيق** : أن التمليك ليس معناه إلا إيجاد الملكية ، فلا يعقل إنشاؤه وإيجاده ، إذ لا إيجاد للإيجاد ، ولا إنشاء للإنشاء كما سمعت .

ومنه يتضح الاستغناء عن لفظ الإنشاء بعد قطع النظر عن المحذور المتقدم، فإن غرضه ﷺ يتم بلفظ التمليك ، فإنه بعد أن كان معناه إنشاء الملكية فلا يختص بالملكية الخارجية ، بل يعم البيوعات الفاسدة ؛ لأنها إنشاء للملكية وإن لم تكن معتبرة شرعاً أو عرفاً ، كما يظهر أن التمليك دال على القصد بنفسه .

على أنه يرد على المصنف ما سمعت منا سابقاً حتى لو اكتفينا بلفظ التمليك ، حيث إن الملكية والإضافة الخاصة لا يعقل نقلها ، إذ لا سلطنة على السلطنة ، بل إنما يعقل نقل نفس المال ، ولذا قلنا : إن البيع هو مبادلة مال بمال ، ولو أردنا تعميمه للبيوعات الفاسدة على ما لا يعد مالاً عرفاً أو شرعاً ، فلا بأس بتعريفه بـ«مبادلة عين بمال» فافهم .

قوله ﷺ : ان حقيقة الصلح ولو تعلق بالعين ... إلى آخره .

الحق كما أفاده ﷺ في الصلح والهبة ، ولقد أجاد فيما أفاد ، فالصلح ليس عبارة عن المعاوضة والمبادلة ، بل هو عقد برأسه كسائر العقود ، وإن قيل : أنه تابع لغيره ، فإن وقع بعين على عين فهو بيع ، أو بمنفعة على عين فهو اجارة ، إلا أنه بيّن الوهن ، فليس حقيقته إلا التسالم والتباني والتراضي ، ولذا لا يُعدّى الا بـ «عن» أو بـ «من» على قول ، وأما تعديته بـ«الباء» ، بأن يقال : (صالحت كذا بكذا) فهو لا يقع إلا بيعاً أو اجارة أو غير ذلك ، صحيحاً أو فاسداً .

وكذا الهبة المعوضة ليس عبارة إلا عن إعطاء نفس المال المملوك للواهب ، لا على أن يعطيه مالاً آخر لا أن المال بدل المال فتكون في الحقيقة هبة مشروطة، فإذا لم يعطه المال الموهوب يكون له الرجوع ، لا أنه بمجرد الهبة وقبول الموهوب يملك المال الذي في يد الموهوب المشروط عليه ، بل يحتاج إلى عقد جديد ، ولذا لا

تعدى إلا بـ«على» ، فيقال : وهبتك هذا على أن تهبني كذا ، وأما لو عـديت بـ «الباء» ، فيقال : وهبتك هذا بهذا ، فلا تقع إلا بيعاً صحيحاً أو فاسداً ، على الخلاف في الاكتفاء بكل لفظ دل على المعاوضة ،كما سيأتي إن شاء الله .

قوله ﷺ : **ثم إن ما ذكرنا تعريف للبيع ... إلى آخره .**

الكلام في أن لفظ البيع كسائر العقود وألفاظ المعاملات ، هل هي موضوعة للأسباب أو للمسببات ؟

والتحقيق في المقام أن يقال : إن اطلاق الأسباب تارة يراد منها المعدات لحصول الشيء ، وإن كان يتوقف حصوله على أمر آخر غير اختياري ، مثل حفر البئر لوقوع شخص فيها ، أو نصب مدية على الطريق لأنْ تُصيب أحداً وهكذا ، فلو وقع أحد أو أصيب لا يكون ذلك باختيار الحافر أو الناصب .

وأخرى يراد منها الأسباب التوليدية التي لا يكون ترتب آثارها عـليها باختيار الفاعل كالنار مثلاً ، فإن الإحراق ليس من فعل من يقرب النار ولا تحت اختياره ، وإنما الذي يكون تحت اختياره نفس تقريب النار أو إشعالها .

وثالثة يراد منها الآلات للفعل ، وأما نفس الفعل فهو تحت اختيار الفاعل ومن أفعاله حقيقة الصادرة منه ، كالتكلم للإنسان بسبب اللسان ، فإن اللسـان صرف آلة للفعل ، لا أن الفعل صادر منه كالإحراق للنار ، ويكون التكلم فعلاً اختيارياً له صادراً منه ، وكذلك النظر بالعين ، واللمس بالكف ، والسمع بالأُذن ، والذوق بالفم ، وهكذا .

إذا عرفت ذلك ، فالحق أن البيع من القسم الثالث الذي يكون بـاختيار المكلف ، ومن أفعاله الصادرة منه ، وإنما الصيغة صرف آلة للفعل كاللسان فليست في الحقيقة مؤثرة بالفعل ، وإطلاق السبب عليها من باب المسامحة ؛ ضرورة أنها ليست من قبيل النار ، بحيث لا يكون نفس البيع من أفعال البائع كالمحرق بالنار ،

وكذلك ليس من المعدات التي يتوقف ترتب الفعل عليها على مقدمة غير اختيارية لمن اعدها ، إذ لا فاعل للبيع إلا البائع ، فليس السبب حقيقة للبيع إلا هو .

ومن الواضح أن إطلاق التكلم على اللسان لا يصح أبداً لا حقيقة ولا مجازاً ، إذ لا علاقة بينهما بالسببية والمسببية ، وكذا البيع ، فلا وجه لإطلاقه على الآلات ، وهي الصيغ ، فالبحث في هذا المقام في غير محله .

اللهم إلا أن يقال : إن الملكية من الأمور الاعتبارية القائمة في نفس المعتبر ، فهي من أفعال المعتبر ، وليس من أفعال البائع وتحت اختياره ، وإنما البائع بإنشاء الصيغة يكون موجداً لموضوع الاعتبار ، فتكون الصيغة كالمعد لفعل المعتبر الذي هو ليس من اختيار البائع وأفعاله ، نظير حفر البئر لوقوع أحد ، فإن الوقوع ليس من أفعال الحافر ، بل من أفعال الغير ، وكذلك الاعتبار من أفعال الشارع أو العرف .

ولكن يجاب عنه بأنه : وإن كان الاعتبار من المعتبر ، إلا أن ذلك لا يخرجها عن كونها مقدورة للبائع بالواسطة ، وإلا لزم أن تكون جميع أفعال الإنسان غير مقدورة له حتى أفعاله المباشرية له ، مثل : التكلم والنظر ؛ لأن ما منه الوجود هو الله تعالى .

ولكن التحقيق أنه وإن كان ما منه الاعتبار هو المعتبر ، ولكن ما به الاعتبار هو البائع ، كذلك أفعاله الخارجية الموجودة الحقيقية ، فإن ما منه الوجود هو الله تعالى ، ولكن ما به الوجود هو العبد ، وكذلك مثل النار فان ما منه الوجود هو الله تعالى ، ولكن ما به وجود الإحراق هو النار ، فهو من آثار النار حقيقة .

وهذا بخلاف الوقوع في البئر ، فإن الحافر لا منه الوجود ولا به الوجود ، ولم يفعل إلا نفس الحفر .

والحاصل : أن المبادلة التي هي مدلولة للبيع ليس الفاعل إلا البائع ، وليس للألفاظ أدنى تأثير في وجودها ، بل ليست إلا صرف آلة بها يصدر الفعل من فاعله .

نعم للفعل له[1] جهتان : جهة نسبته إلى فاعله وصدوره منه ، وهو مفاد المصدر ، وجهة ذاته من حيث هو فعل مع قطع النظر عن جهة انتسابه إلى فاعله ، وهو مفاد إسم المصدر ، ويكون الفرق بينهما تقريباً كالفرق بين الإيجاد والوجود، والإيجاب والوجوب .

فالعقود ـ ومنها البيع ـ تارة تطلق ويراد منها المعنى المصدري ، ومن ذلك قوله تعالىٰ : ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾[2] وجميع الأوامر المتعلقة بالبيع وغيره ، فإنه لا بد أن يلاحظ معها جهة الإصدار وانتسابها إلى فاعلها .

وأخرى تطلق ويراد بها المعنى الاسم المصدري الذي هو عبارة عن المتقرر بحسب ذاته ، ومن هذا الباب قوله تعالى : ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض**﴾[3]، ولا يبعد أن يكون منه قوله تعالى : ﴿**أحل الله البيع**﴾[4] ، وليس ذلك لاختلاف في معنى البيع وحقيقته ، ولا يحتاج الى تعدد الوضع .

فإن قلت : إن البيع لو كان معناه المبادلة لما كان وجه لانتسابها إلى فاعل واحد وهو البائع ؛ لأن معناها صدور البدلية من كل من الطرفين ، وعليه يقتضي أن تنسب أيضاً إلى المشتري ، فيقال له : بائع ، مع أنه لا إشكال بعدم صدق البائع عليه ، ضرورة أنه لم يصدر منه بيع ، ولهذا لا يسمى إلا بالمشتري ، فإن قبول المشتري إنما هو شرط لتحقق الانتقال في الخارج شرعاً أو عرفاً ، أما نفس البيع

---

(١) كذا .

(٢) المائدة : ١ .

(٣) النساء : ٢٩ .

(٤) البقرة : ٢٧٥ .

فلم يصدر إلا من الموجب .

قلت : نعم كذلك إن البيع لم يصدر إلا من الموجب ، ولا ينسب إلا إليه من حيث الصدور ، ولا ينافي ذلك صدق المبادلة عليه .

وتوضيح ذلك : أن المصادر باعتبار الانتساب إلى فاعلها على ثلاثة أنحاء :

الأول : المصادر المجردة وما يشابهها التي لم تدل إلا على نفس الحدث وصدوره عن فاعله ، كالضرب والاكل والاكرام وغير ذلك ، وكذلك أفعالها وما يشتق منها ، فقولهم : ضرب وأكرم مثلاً ، لا يدل إلا على نفس صدور الضرب أو الإكرام منه وحدوثه .

والثاني : المصادر في باب المفاعلة ، فإنها تدل على حدوث الفعل منه ، وصدوره منه ، مع ملاحظة تعدّيه إلى الغير ، وطلب صدور الفعل من الآخر بلا أن تدل على صدوره كذلك من الآخر ، فإن معنى »قاتله» و «بارزه» : صدر منه القتل أو البراز مع طلب صدوره من الآخر ، ولهذا يقال : (بارزه فبرز الآخر له)، ولو كان معناه صدور الحدث من الطرفين معاً لما صح هذا التعبير والتفريع .

والثالث : المصادر في باب التفاعل ، كالتقاتل ، والتبارز والتقابل والتبادل ، وأمثال ذلك ، فإنها تدل على صدور الحدث من الطرفين ، ولهذا لا يقال : تبارزا فبرز له ، بخلاف الثاني ، ويقال : تقابل زيد وعمرو ، ولا يقال : قابل زيد وعمرو ، بل قابل زيد عمراً .

فاتضح الفرق بين الثاني والثالث : أن الثاني لا ينسب إلا إلى فاعل واحد ، لكن ليس كالأول ، بل مع ملاحظة طلب صدوره أيضاً من الآخر ، بخلاف الثالث ، فإنه لا ينسب إلا إلى فاعلين ، فلا يقال : « تقاتل زيد عمراً » ، كما يقال « قاتل زيد عمراً » .

ومن الواضح أن المبادلة التي هي معنى البيع من باب المفاعلة من القسم

الثاني ، فلا يقتضي انتسابها الى المشتري وتسميته بائعاً ، بل لا تنسب إلا إلى فاعل واحد ، لكن مع طلب صدور البدلية من الآخر ، وهو المشتري .

فان قلت : أليس أن المشتري بعد طلب البائع منه البدلية تصدر منه البدلية كالبائع ، فاللازم أن يسمى بائعاً .

قلت : ليس البيع هو مجرد صدور البدلية ، فإنه يكون راجعاً إلى المعنى الأول للمصادر ، بل معناه صدور البدلية مع ملاحظة الطلب ، والمشتري لم تصدر منه المبادلة ، بل صدرت البدلية فقط ، فلا يسمى بائعاً ، بل قابلاً ، وبعد القبول يقال لهما: تبادلا ، كما يقال : « بارزه فبرز له » ، ثم يقال : «تبارزا» ، ولا يقال: «تبايعا» إلا إذا صدر بيع من كل منهما ، وبالبيع الواحد لا يقال ذلك ؛ لأنه لم يصدر من الثاني مبادلة .

قوله ﷺ : **الثالث نفس العقد المركب ... إلى آخره .**

قد عرفت أن الإيجاب ليس من مقولة اللفظ ، بل ليس اللفظ إلا آلة لتحققه من الموجب ، وهو عبارة عن البيع بالمعنى المصدري ، أي إيجاد المبادلة باللفظ ، وليس هو سبباً للبيع كما توهم ، فلا بأس بالقول بوضع لفظ البيع للإيجاب ، ولكن لا بخصوصه كما سمعت ، بل يعم نفس البيع الخارجي الذي لم يلاحظ فيه جهة الانتساب إلى فاعله .

غاية الأمر إن معنى واحد ، تارة يلاحظ انتسابه إلى فاعله فيعبر عنه بالإيجاب ، واخرى يلاحظ بذاته لا من حيثية الاصدار فلا يعبر عنه بالايجاب ، ولهذا يقال : «البيع عقد» ـ على الاول ـ ، «وانعقد البيع» ـ على الثاني ـ بلا تجوز في كل منهما .

وأما القبول فإنما شرط تحقق البيع في الخارج ، واعتبار المعتبر له عرفاً أو شرعاً ، كما سمعت ، وليس داخلاً في مفهوم البيع لا جزءاً ولا شرطاً .

أما جزءاً فواضح لا ينبغي الارتياب فيه ، وأما شرطاً ، فقد يستدل له بأمور:

الاول : التبادر ، حيث إن المتبادر من لفظ البيع وسائر متصرفاته هو التمليك المتعقب بالقبول ، واعتبار لحوقه من باب الشرط المتأخر ، فلو قال : «بعت داري » ، والمفروض أنه لم يقبل المشتري ، يقال له : « كاذب في إخباره » .

الثاني : صحة السلب عن البيع المجرد عن القبول .

الثالث : لو قال : بعت ، وما قبل المشتري ، يعد تناقضاً .

والجواب واضح ، بعد ما سمعت منّا سابقاً من أن البيع له ملاحظتان كسائر أفعال الانسان ، والتبادر وصحة السلب وعد الإخبار عن البيع متناقضاً مع عدم القبول باعتبار الملاحظة الثانية ، حيث يلاحظ البيع بذاته ، وبما هو موجود بوجوده[1] الاعتباري ، ولذا باعتبار الملاحظة الأولىٰ يقال : بعته فقبل بلا تجوز فيه ، وإنما القبول على ما عرفت شرط في تحقق اعتبار المعتبر الشرع أو العرف ، وهو لا يتحقق إلا بعد القبول ، لا من قبيل الشرط المتأخر ، وكيف يعقل دخول القبول في مفهوم البيع مع استحالة إنشائه من البائع ؟

وقد أطال بعض الأجلة[2] من المحشين بما لا ينتهي الى محصل ، حتى التزم بالفرق بين الإنشاء والإخبار مع اختيار أنه مجاز في الأول ، وهو بعيد للغاية .

والأغرب أنه التزم بنظير ذلك في جملة من الفاظ المعاملات مثل : «صالحت» و «عاهدت» و «بايعت» ... إلى آخره .

حتى قال : فإنه لا إشكال في تقوّم معناه بالطرفين على ما هو مقتضى باب

---

(١) في الأصل : بوجده .

(٢) وهو السيد محمد كاظم اليزدي ﷺ (صاحب العروة الوثقىٰ) . في حاشيته على كتاب المكاسب : ص٦٣ ط . قم (اسماعيليان) ١٣٧٨ هـ.

المفاعلة، وفي مقام الإنشاء لا يمكن ذلك على ما ذكرت[1]، انتهى.

اشار الى ما ذكره ﷺ سابقاً: من ان ما يصدر من الطرف الآخر ليس بيده، فليس له إنشاؤه، وانت قد عرفت معنى المفاعلة، وأنها لا تنسب إلا إلى فاعل واحد، غاية الأمر تدل على صدور الحدث مع طلب صدوره من الآخر، وهذا لا مانع من إنشائه.

وأغرب الجميع التزامه ثانياً بإمكان إنشاء القبول إذا كان واثقاً بصدوره من المشتري، فإن وثوقه لا يجعله اختيارياً له، مع أن مقتضاه الاستغناء عن إنشاء القبول من المشتري.

وأما ما استشهد به من نذر البيع فلا شاهد له به، فإنه لو لم يقبل المشتري لا يحنث قطعاً.

وفي كلامه ﷺ مواقع للنظر لا تخفى على البصير بعد الإحاطة بما ذكرناه، والتأمل فيه.

وقوله ﷺ: **لا الكسر والانكسار ... إلى آخره.**

حيث إن الكسر لا يعقل انفكاك الانكسار عنه، بخلاف الإيجاب؛ لامكان انفكاك الوجوب عنه، كإيجاب العبد على مولاه، وإن كان بنظر الموجوب[2] يحصل الوجوب، إلا أنه خارجاً لا يحصل.

والبيع من قبيل الثاني؛ لأن ايجاب البيع إذا لم يتعقبه قبول لا يحصل خارجاً، وإن كان بنظر البائع يحصل البيع حين الإيجاب.

ولكن لا يخفىٰ ما في كلام المصنف هنا من المسامحة، حيث جعل المنصرف في دعوى التبادر هو الايجاب المتعقب للقبول، حيث تقوم القرينة على إرادة

---

(١) المصدر المتقدم.

(٢) كذا.

الإيجاب المثمر ، فإنك قد سمعت ان المنصرف هو البيع بمعنى اسم المصدر ، وحيث لا يتحقق ذلك في الخارج إلا بالقبول ينصرف إلى القبول ، لا لدخله في المفهوم ، ولعله أشار الى ذلك بقوله « فتأمل » .

قوله ﷺ : **والظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل ... إلى آخره .**

غرضه ﷺ أن لا معنى لإطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية ؛ لأن البيع هو النقل ، وهو حاصل بنفس العقد والانشاء ، وليس هو المسبب ، بل المسبب هو الانتقال الحاصل في نظر الشارع ، وليس هو البيع ، بل أثر للبيع ، ولقد أجاد ﷺ فيما أفاد .

ومنه ينقدح أن النزاع في وضع البيع كسائر ألفاظ المعاملات للسبب أو المسبب ليس في محله ؛ لأن نزاعهم يرجع إلى وضعه لنفس العقد ، أو للمنشأ بالعقد ، والمنشأ بالعقد ليس بمسبب للعقد ، بل آلة كما تقدم ، فلا سبب ولا مسبب في البين .

وأما الانتقال ـ في نظر الشارع ـ الذي هو أثر للبيع ، فهو مساوق للملكية ، وقد عرفت أنها غير منشأة بالعقد أبداً ، وإنما يكون وجودها باعتبار الشارع لها ، فتأمل .

قوله : **ثم إن الشهيد الثاني ... الى آخره .**

هذا المقام إشارة الى النزاع في وضع الألفاظ للصحيح أو الأعم ، وقد استشكل في تحقق النزاع فيما إذا كانت موضوعة للمسببات ، حيث إنها دائرة بين الوجود والعدم ، ولا تتصف بالصحة ولا الفساد ، ولكن إن كان المراد من المسببات هو الآثار للبيع وأمثاله ، التي هي عبارة عن الملكية الحاصلة في نظر الشارع ، فهي وان كان كما ذكره ، إلا أنه [لا] اظن أحداً يتوهمها ، وان نقله المصنف ﷺ .

وإن كان المراد هو نفس النقل والمبادلة، كما ربما يطلق عليها المسببات في كلام بعضهم، إلا أنها ليس دائرة بين الوجود والعدم، بل تكون صحيحة تارة فيما إذا إعتبر[1] آثارها الشارع، فتترتب عليه آثارها، وفاسدة أخرىٰ فيما إذا لم يعتبرها.

قوله ﷺ: **نعم يمكن أن يقال: إن البيع** ... إلى آخره.

هذا توجيه للتمسك بالإطلاق في العمومات مع القول بوضع ألفاظ المعاملات للصحيح، ونتيجته أن البيع لم يستعمل إلا في المؤثر الصحيح، ولو كان عند العرف، غاية الأمر إن الاختلاف بين العرف والشرع في المصداق، فإن علم شيء عدم اعتبار الشارع له فهو خارج موضوعاً عن المؤثر، وإن كان مشكوك الاعتبار فيتمسك باطلاق ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾[2] لإثباته حيث [إنه] شامل لكل مؤثر ولو كان عند العرف؛ لانه ليس من الشارع اصطلاح جديد في ألفاظ المعاملات، بل يستعملها على المتفاهم العرفي.

ولكنه فيه ما لا يخفى، فان العرف إنما يتبع في تعيين المفاهيم، أما في تطبيقها على مصاديقها فلا، ولا يصح الرجوع إليهم في ذلك؛ لأنه ليس من شأنهم تطبيق المفاهيم على المصاديق، بل إنما شأنهم تعيين المفاهيم، كما صرح به المصنف في غير موضع من كتبه.

نعم لو رجع تطبيق المفاهيم على مصاديقها إلى توسعة في المفهوم، فإنه يرجع في الحقيقة إلى تعيين المفاهيم، ولا بأس حينئذ باتباعهم، ولكن لا ينطبق ذلك على مقامنا، فإن مفهوم البيع وهو الصحيح المؤثر ليس فيه اختلاف عند العرف أو الشرع، والاختلاف في مؤثر عقد لا يرجع إلى الاختلاف في مفهوم

---

(١) في الأصل: اعتبار.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

البيع وتوسيع نطاقه عرفاً ، فلا محالة على هذا الاوجه للتمسك بإطلاقات البيع وسائر ألفاظ المعاملات .

في المعاطاة

قوله ﷺ : **وأما ما ذكره من تعلق الأخماس والزكاة إلى آخر ما ذكره ، فهو استبعاد محض ...** إلى آخره .

لا يخفى أن ليس المراد من كلام الشيخ الكبير أعلىٰ الله مقامه جواز إخراج الخمس من مال المعاطاة والزكاة والدَّيْن والنفقة ، حتى تكون استبعادات محضة ، فإن هذا هو مقتضىٰ صحة المعاطاة ، فإنها من جملة التصرفات المباحة ، بل المقصود تعلق حق الزكاة والخمس والدين والنفقة والشفعة ، وهكذا في مال المعاطاة ؛ ضرورة توقفها على الملك ، إذ الزكاة والخمس إنما تتعلق بنماء ماله ، وكذلك الدين والنفقة ، وما بيده من مال المعاطاة ليس بملكه ولا ماله ، فكيف تتعلق به هذه الحقوق ؟!

فلا تكون مجرد استبعادات ، بل قواعد جديدة لم تكن معهودة في الشرع .

الأمر السادس : ملزمات المعاطاة

قوله ﷺ : **فإن جعلنا الإجازة كاشفة ...** إلى آخره .

سيأتي من المصنف ﷺ في بيع الفضولي أن من شروط الإجازة أن لا يسبقها

الرد ، ولم يفصل فيه هناك بين الكشف والنقل ، وأما القول بالفرق بأن الكلام هناك في أن الراد هو المجيز وهنا غيره ، فلا يجدي ، فإن الدليل على الاشتراط هناك آت هنا ، وهو أن الإجازة تجعل المجيز أحد طرفي العقد ، ومن شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد ، فتكون الإجازة بمنزلة القبول لإيجاب المشتري ، فإذا رجع المالك الأول قبلها تسقط الإجازة من الثاني عن صدق القبول عليها ، ولعله إلى هذا يرمي قوله ﷺ : ويحتمل عدمه ؛ لأنه رجوع قبل تصرف الآخر ، فيفسد ـ أي البيع ـ وتلغو الإجازة .

قوله ﷺ : **ولو امتزجت العينان ... إلى آخره .**

إن الامتزاج وكذا التصرف المغيّر للعين يقع في مواضع ، حكم في بعضها بالرد وعدم اقتضائه لعدمه ، مثل خيار العيب وخيار الغبن ، فلو تصرف بائع العين المعيبة أو الغابن بهذا النحو من التصرف جاز للمشتري للعين المعيبة والمغبون استرداد الثمن ، وكذا في الهبة أيضاً .

وحكم في بعضها بعدم جواز الرد ، كما في خيار الفلس على ما قيل ، مع أن الدليل في المقامات واحد ، وهو قيام العين ، كما في بعض الأخبار[1] ولعل التفصيل لمناسبة الحكم للموضوع .

وكيف كان فمقامنا لم يقم عليه دليل يقتضي لحوقه في أحد القسمين ، فمع الشك في لحوقه بأحدهما مقتضى القاعدة هو استصحاب الملكية للمالك الأصلي للعين المتصرف بها ، فلا وجه للحكم بسقوط الرجوع على القول بالملك .

قوله ﷺ : **إنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة ... إلى آخره .**

لأن جواز الرجوع ليس جوازاً حقياً كما تقدم ، بل هو جواز حكمي قائم

---

(١) راجع الشيخ الحر العاملي : وسائل الشيعة ١٨ : ٣٠ ، حديث ٣ من الباب ١٦ من أبواب الخيار ، ط. مؤسسة آل البيت عليهم السلام قم .

بموضوعه كسائر الأحكام الشرعية ، فبموته ينعدم الحكم بانعدام موضوعه ، فإن المستفاد من أدلة الميراث أن الذي يورث شيء يبقى بعد الموت ، بمعنى أن يصدق عليه أن الميت يتركه ويمضي ، كالمال أو الحق القائم بعين ، وأما نفس جواز الرجوع حكمياً ، فليس مما يقوم بالمال بحيث يتركه الميت عند موته ، بل قائم به ينعدم بانعدام موضوعه ، ولذا لا يجري استصحاب جواز التراد كما ذكره الشيخ ﷺ ، بل الجاري هو استصحاب ملكية من بيده العين .

فالحق ما ذكره ﷺ أنه بناءاً على القول بالملك تلزم المعاطاة بعد الموت ، كما أنها تلزم أيضاً بالتصرف الموجب للامتزاج ، والموجب لتغيّر العين لعدم العلم بأنه من قبيل خيار الفلس ، فتلزم المعاطاة بالتصرف ، أو من قبيل خيار العيب أو الغبن ، فلا تلزم ، ويثبت جواز الرجوع والتراد ، فلا وجه هنا أيضاً لاستصحاب جواز التراد مع الشك ، لا لأجل أن الموضوع حقيقي ، بل للشك في المقتضي ، (أو للشك في تحقق الموضوع ، فإن لم يعلم أن المال المتصرف به من قبيل المال المتصرف به في خيار العيب ، أو في خيار التفليس)[1] ، هذا على القول بالملك .

وأما على القول بالإباحة ، فهل تلزم المعاطاة بالموت أو بالتصرف بالمزج وتغيير العين ، أو لا ؟

ظاهر الشيخ ﷺ الثاني في الموت ، وصريحه في التصرف بالمزج والتغيير .

والحق الثاني ، اما في الموت فمن وجهين :

الأول : للسيرة القطعية على عدم التوريث ؛ ضرورة أن استفادة حكم المعاطاة من سيرة الناس ومعاملتهم على ترتيب آثار البيع الحقيقي على المعاطاة ، بحيث لا يفرقون بينه وبين البيع بالعقد ، ولذا حكم بترتب جميع اثار البيع حتى المتوقفة على الملك .

---

(١) القوسين كما في الاصل .

ومن هنا جعل كاشف الغطاء أعلا الله مقامه من وجوه تأسيس القواعد الجديدة ـ على القول بالاباحة ـ هو تعلق المواريث بما في اليد الحاصل بالمعاطاة، مع العلم ببقاء مقابله، ولو كان بالموت يرجع ما بيده إلى المالك الأصلي لما كان وجه للنقض بالمواريث ولزوم تأسيس قواعد جديدة، مع أن الشيخ ﷺ لم يرده هناك إلا بأنه استبعاد محض.

والثاني: أن الرجوع في المعاطاة على القول بالإباحة ليس كما ذكره في المتن نظير الرجوع في إباحة الطعام؛ ضرورة أن الإباحة في المعاطاة ليس من ناحية المسببات، بحيث أن المعقود عليه فيها هو نفس إباحة التصرف، كما في العقود الاذنية، بل إنما جاءت ـ على القول بها ـ من ناحية الأسباب لعدم قابليتها لإفادة الملك، وإنما الواقع هو التسليط وإعطاء السلطنة المالكية للمتعاطي معه، بحيث يعطيه جميع ماله من السلطنة، ولم يبق له إلا العلقة المالكية؛ لعدم قابلية العقد لإفادتها، بمعنى أن الملكية أن يملك مع انتقال جميع التصرفات على المال عنه، فليست الإباحة إلا عدم حصول الملك فقط، وتسميتها بالإباحة لا تخلو عن تسامح لضيق التعبير.

فتحصل أن الذي يبقى للمالك الأصلي هو نفس الإضافة والملكية بذلك المعنى المتقدم، وأما آثارها من السلطنات الملازمة للملكية، فليس تحت يده وتصرفه، ولذا قلنا سابقاً: إن معنى جواز الرجوع ليس عبارة عن جواز التصرف بنفس العين، بل معناه هو هدم أساس تلك السلطنة، نظير الهبة وأمثالها من العقود.

وبهذا يتضح أن جواز تصرف من بيده المال المتعاطى به لا يتوقف على الرضا من المالك بعد العقد غير الرضا حين عقد المعاطاة، سواء علم بكراهة المالك باطناً أو لم يعلم، وحيث عرفت أنه لم يبق للمالك الأصلي في المعاطاة على

الإباحة إلا الإضافة الملكية ، تعرف أنه بالموت لا بد من القول بلزوم المعاطاة ؛ لأن الملكية إضافة قائمة بين طرفيها لا تبقى بعد الموت بحيث يتركها الميت ويمضي ؛ لاستحالة قيامها بطرف واحد ، فبموته لا بد أن تنعدم ، فكيف يعقل قيام الوارث طرفاً لهذه الإضافة ؟!

وأما توريثه في غير المقام فلمكان أن المال لما انقطع إضافته عن طرفها الآخر لا يعقل ان يبقى مخلّى السرب ، حيث إن الآثار ثابتة له من السلطنات وغيرها ، لبقاء ماليته المحتاجة إلى القيام بطرفين ، فلا بد من قيام طرف آخر طرفاً للإضافة ، وليس هو إلا الوارث بحكم الشارع .

وأما في المقام فحيث كانت السلطنة على المال والآثار ثابتة لمن بيده المال لا للمالك الأصلي ، فلا يحتاج إلى طرف آخر بعد أن كانت السلطنة المساوية للملكية قائمة بمن بيده المال .

وأما في التصرفات الأخر ، كالامتزاج وتغيير العين ، فمضافاً إلى قيام السيرة على لزوم العقد بها ـ فإن من أرجع العين المتصرف بها بهذا التصرف يجعل في موضع الهزو عند الناس ـ أن الامتزاج موجب للشركة في المال ، وكذلك التغير إذا أوجب زيادة العين بوصف قائم بها .

ولا شبهة أنه بحصول الشركة تحصل ملكية جديدة غير الملكية الأولىٰ ، بداهة أن ملكه السابق لا يقوم مع الشركة بنفس العين القائمة بنفسها المتميزة في الواقع دون الظاهر ، بل تسقط تلك الملكية السابقة .

وعلى تقدير الشركة يكون حقه مشاعاً في المال المشترك ، كما هو الشأن في قواعد الشركة ، فإذا شككنا في أن التصرف في المقام من قبيل التصرف في خيار العيب أو من قبيل التصرف في خيار التفليس ، فإنه لا وجه لاستصحاب ملكية المالك الأصلي للغير ، لانعدام الملكية السابقة بحصول الشركة قطعا ، فكيف يعقل

استصحابها مع انتقاضها بعلم آخر ؟ وأما الملكية الحادثة بالشركة فلم يعلم ثبوتها للمالك الأصلي ، ولا أصل يقتضي ذلك .

ومن هنا يتضح ما في كلام الشيخ ﷺ في المتن سابقاً من أن الأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير ، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به ، فإنه إن كان لاستصحاب الملكية توجب الشركة بنفس الملكية المستصحبة ، فقد عرفت أن الملكية في الشركة ملكية جديدة تحدث بها غير الملكية السابقة قطعاً ، وإن كان بملكية أخرى ، فلا يجدي استصحاب الملكية الأولى في ثبوت الملكية الجديدة له .

هذا مع جريان استصحاب سلطنة من بيده العين الثابتة له يقينا قبل حصول هذا التصرف ، لما عرفت من معنى الإباحة في باب المعاطاة ، وكذا استصحاب ضمان العين بالمسمى ، فعلى تقدير جريان استصحاب الملكية السابقة للمالك الأصلي ، فهي معارضة باستصحاب سلطنة الآخر والضمان بالمسمى ، وليست من باب الاستصحاب السببي والمسببي ؛ لأن السبب في الشك في رفع السلطنة الثابتة للمباح له ليس هو الشك في ملكية الأول ، بل السبب له هو التصرف الخاص ، وأنه من أي البابين : باب خيار التفليس أو من باب خيار العيب ؟

وإنما يكون الشك في الملكية للأول ، والشك في السلطنة المنافي في عرض واحد ، كما تقدم نظيره في التلف ، لأنهما مسببان عن الشك في دخوله في أي البابين .

على ان استصحاب ملكية المالك الأصلي غير جارية من وجه آخر ؛ لأنه لم يثبت للمالك الاصلي الا ملكية أن يملك ، وإلا فنفس الملكية المساوية للسلطنة على المال بوجوه التصرف قد نقلها عن نفسه وأعطاها للغير ، وهذه الملكية

الخاصة وهو ملكية أن يملك مشكوكة الموضوع ، للشك في أن التصرف مـن أي البايبن .

قوله ﷺ : **ولو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه** ... إلى آخره .

الظاهر خلافه على كلا القولين ، فتلزم المعاطاة بالجنون ، أما على القـول بالملك فواضح ؛ لما سمعت من أن جواز التراد حكم تكليفي لا يمكن اسـتصحابه لوليه بعد انتفائه بانتفاء موضوعه ؛ لأن المجنون ساقط عنه كل تكليف وحكـم ، وليس متعلقاً بالعين فقط كما تقدم ، مع استصحاب ملكية من بيده العين .

وأما على القول بالإباحة فكذلك ، لعدم جريان استصحاب ملكية المجنون ؛ لأن هذا أيضاً يجري فيه الكلام المتقدم أنه من باب خيار العيب أو خيار التفليس ، فالموضوع غير محرز ، مع استصحاب سلطنة الآخر أيضاً ، فتدبر .

قوله ﷺ : **وكيف كان ، فالأقوى أنها على القول بالإباحة** ... إلى آخره .

لا يخفى أنها لو كانت المعاطاة على القول بـالإباحة تكـون نـظير إبـاحة الطعام ، بحيث يكون المعقود عليه هو نفس الإباحة ، فاستغراب صيرورتها بيعا بالتلف في محله ، بداهة أن التلف ليس معاوضة بيعية بنفسه ، والمفروض أن الذي وقع عليه العقد هو نفس الإباحة ، فبأي شيء يكون بيعاً حتى يترتب عليها آثار البيع ؟! وأما أنها بيع عرفي ، فلا نعرف وجهه بعد أن أوقـع العـرف بهـا نـفس الإباحة .

نعم يستقيم ذلك على ما قلناه من أن المعاطاة ـ على القول بـالإباحة ـ لم يوقع المتعاطيان فيها إلا التسليط بزعم أنه تمليك ، وهو لازم مساو للملكية ، مع كونها في الحقيقة مقصودة للمتعاطيين ، فإذا صارت بيعا لازماً بالتلف ليس بذلك الأمر الغريب على وجه تكون جزء السبب ، والتلف تمامه .

وبهذا يتضح انتفاء خيار المجلس والحيوان ؛ لأنه قبل التلف لم يتحقق البيع ،

وبعد التلف ينتفي موضوع التراد ، بخلاف خيار العيب أو الغبن ، فإنه يرجع إلى مثل المثمن أو قيمته ، وهذا لا ينافي ما تقدم من أن اللزوم الحقي المقابل للخيار لا يمكن إيجاده بالفعل ، كما لا يمكن إيجاد الجواز الحقي كذلك ، لكن يمكن أن يجعل الشارع اللزوم الحقي أو الجواز الحقي عند ذلك ، وإن لم يكن منشأً بفعل المتعاطيين .

قوله : **فافهم .**

لعله أشار إلى غرابة الإباحة اللازمة .

قوله ﷺ : **فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي ... إلى آخره .**

لا يخفى أن التقابض في العقد الفاسد يتصور على أنحاء ثلاثة :

أحدها : أن يكون التقابض على نحو التعاطي بعد البناء على فساد المعاملة الاولى ، فتكون معاملة ثانية حادثة بعد فساد الأولىٰ ، ولا إشكال بدخول هذا القسم في المعاطاة ؛ ضرورة أنه قد صدر التعاطي بالفعل بإنشاء آخر ، ولم يكن من مقتضيات العقد الفاسد أصلاً ، وسبقُ العقد الفاسد عليه لا تقتضي فساده قطعاً ، إذْ لا ربط بينهما ولا علاقة ، ولا توقف لأحدهما على الآخر .

ثانيها : ان يكون التقابض جرياً على مقتضىٰ العقد الفاسد ، بحيث إن رضا كل منهما بتصرف الآخر من جهة تخيل لزومه الالتزام بهذا العقد الواقع ، ولولا ذلك لما رضي كل منهما بتصرف الآخر ، فلو علما بفساد العقد لِمَ حصل الرضا المزبور ؟! ، فيكون الرضا مقيداً ، ولا إشكال بأن هذا الفرض يستلزم فساد التقابض وعدم تحقق المعاطاة الصحيحة .

ثالثها : أن لا يكون الرضا بالتقابض من جهة الجري على مقتضى العقد السابق الذي فسد ، بل كل منهما راض بتصرف الآخر ، سواء كان العقد فاسداً أم صحيحاً ، ولم يحصل تقابض جديد بعنوان المعاطاة بإنشاء آخر فعلي ، بعد البناء على فساد العقد الأول ، كما هو فرض القسم الأول ، بل كان التقابض من جهة

العقد ، لكن الرضا غير مقيد بالجري على مقتضىٰ هذا العقد ، وهذا القسم هو محل النزاع في المقام ، وأنه بذلك يدخل في المعاطاة ، فيصح العقد على أن يكون عقداً بعنوان المعاطاة أم لا ؟ والحق هو الثاني كما سيجيء .

قوله ﷺ : **ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطي في كلماتهم** ... إلى آخره .

هذا عطف على قوله : « من أن ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة ... إلى آخره » ، لبيان الإشكال من الجهة الأخرى المقتضية لصحة وقوع المعاطاة بالعقد الفاقد للشرائط ، ولكن الحق هو الجهة الأُولى من الإشكال ، فإن المعاطاة إنما هي إنشاء فعلي للمعاملة ، ومع القصد للمنشأ لا يعقل إنشاؤه بالفعل كالإنشاء باللفظ حرفاً بحرف .

وأما ما ذكر من السيرة على حصول التعاطي بنفس وصول العينين ، كما في أخذ الماء والبقل ، ووضع الدراهم في خزانة الحمامي ، وأمثال ذلك مما لم يقصد فيه الإنشاء بالتعاطي ، فإنه خارج عن مقتضىٰ القاعدة .

ولكن لما كانت السيرة محققة وقد أمضاها الشارع ، فلا بد من الاقتصار على مورد السيرة ، ولا يجوز التعدي إلى غير موردها ، ولا فرق في ذلك بين القول بالإباحة أو بالملك .

أما على القول بالملك فالحكم واضح ؛ لأن التمليك لا يعقل أن ينشأ بالفعل ما لم يقصد إنشاؤه .

وأما على القول بالإباحة ، فلأن الإباحة ليس مجرد الرضا ، بل المقصود هو التسليط الذي لا يحصل إلا بالإنشاء ، فلا يكفي وصول نفس العوضين مع عدم الإنشاء .

وينبغي التنبيه على أمر : وهو أنه قد ذكر في باب الخيارات أن النماءات على قسمين : منفصلة ومتصلة ، والمتصلة تتبع العين في ملكها ، فيملكها من بيده العين ،

سواء كان هو ذو الخيار أو من عليه الخيار ، فإن كانت العين في يد مَنْ عليه الخيار ، فهي في ملكه ما دامت العين في ملكه ، فإذا باع العين يقع البيع على العين وعلى النماء ، وان كانت العين في يد ذي الخيار فالنماءات المتصلة كذلك ، وكذلك المنافع ، فإنها في حكم النماء المتصل .

وأما المنفصلة فتقع في ملك من حدثت في يده ، فإنْ حدثت في زمن الخيار قبل الرد ، فهي في ملك مَنْ عليه الخيار حتى لو انتقلت العين إلى ذي الخيار بالرد .

والفرق بين المنافع والنماءات اصطلاحاً :

أن المنافع عبارة عن ثمرة العين التي ليس لها وجود عيني ، كالانتفاع بالدار بالسكنى ، والدابة بالركوب ، وهكذا .

والنماءات عبارة عن ثمرة العين التي لها وجود خارجي ، كثمرة النخل ، وولد الدابة ، وأمثال ذلك ، وهذه مثال النماءات المنفصلة والمتصلة ، مثل الوبر والصوف الذي يحدث بالنمو قبل فصله ، ومثل زيادة ثمن العين ، ومثل عروض صفة للشيء توجب زيادة ثمنه ، كالخل إذا عتق ، والغنم اذا سمن أو كان صغيراً ثم كبر ، وهكذا .

إذا عرفت ذلك ، فيقع الكلام في المعاطاة : أن النماءات المنفصلة الحادثة في يد مَنْ بيده العين ، والمتصلة ما دامت العين في يده ، هل أنها تكون كالنماءات في باب الخيارات ، فتكون في ملك من بيده العين ، أو أنها في ملك المالك الأصلي للعين ؟

والحق هو الأول ، والظاهر جريان السيرة على ذلك ، ولذا جعل الشيخ الكبير ﷺ من جملة الاستبعاد للقول بالإباحة حدوث النماء في ملك من بيده العين ، مع كون العين خارجة عن ملكه .

وأما ما ذكره المصنف ﷺ هناك في جوابه نقلا عن محكي بعضهم ـ من أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ ، بل حكمه حكم أصله ـ فما لا نعرف وجهه ؛ لما عرفت من السيرة ، ومن أن القائل بالإباحة لا يفرق بينه وبين القول بالملك إلا ببقاء العلقة المالكية للأول ، وإلا فجميع آثار الملك يرتبها على الإباحة ؛ لأنه يلتزم بالأخذ بالسيرة بجميع أطرافها ، ويحمل العقد على الإباحة ، ولذا لا ثمرة عليه بين القول بالإباحة والملك .

والحاصل : أنه لا ينبغي أن ينكر أن النماءات في المعاطاة ملحقة بباب الخيارات ، أما على القول بالملك فواضح لا ريب فيه ، وإنما الاشكال على القول بالإباحة ؛ لاستغراب حدوث النماء في ملك من بيده العين ، مع كون العين خارجة عن ملكه .

والحق دخولها في ملكه لجريان الدليل في المقام الدال على حدوث النماء في ملك من بيده العين في باب الخيارات ، وهو النبوي المشهور «الخراج بالضمان»[1].

ويتوقف الاستدال على بيان معنى الفقرة الشريفة التي هي من جوامع الكَلِم التي رويت عن النبي ﷺ في طرق المخالف والمؤالف ، فنقول :

الخراج لغة : هو نتاج الأرض الذي يخرج منها ، ومنه الأراضي الخراجية ، أي التي خراجها للمسلمين ، وأما بحسب عرف الشرع ، فالمراد منه هو مطلق النماء للأرض وغيرها ، كالغلة ، فإنها في اللغة لخصوص الغلات الأربع ، وفي عرف الشرع أعم من ذلك تشمل كل نماء .

والضمان يمكن أن يراد منه المعنى الاسمي المصدري له ـ على ما فهمه أبو حنيفة ـ فيكون المراد ما يضمن به والمتعهد به ، سواء كان عن تعهد من الضامن

(١) الميرزا النوري : مستدرك الوسائل ١٣ : ٣٠٢ ، حديث ٣ من باب ٧ (ط . مؤسسة آل البيت عليهم السلام ـ قم ـ سنة ١٤٠٨ هـ) .

واختيار منه ، أم بدون تعهد ، كما في موارد الضمان باليد ، ومقتضاه أنه في الضمان باليد يكون النماء للضامن بدلاً عن ضمانه ؛ لأنه معنى الفقرة : أن الخراج يكون في مقابلة الضمان وبدلاً عنه ، ولذا حكم أبو حنيفة ـ كما ورد في صحيحة أبي ولاّد[1] الآتية ـ بعدم لزوم كراء البغل على أبي ولاّد ، حيث إنه اغتصبه خمسة عشر يوماً ، وكان ضامناً له ، فبضمان البغل حكم بسقوط الكراء .

ويمكن أن يراد منه المعنى المصدري ، أي نفس التعهد الذي لا يكون إلا فعلا اختياريا ، فلا يشمل الضمان باليد الذي لا يكون الضمان فيه بالقصد والتعهد ، وهذا المعنى هو المراد من الفقرة الشريفة ، لمناسبة الحكم للموضوع ؛ لأن النماء إنما يقع بدلاً عن شيء يصح مقابلته بالمال .

وأما الضمان في اليد قبل التلف فليس شيء يصح مقابلته بالمال ، بخلاف الالتزام والتعهد ، ولذا أنكر الإمام عليه السلام على فتوى أبي حنيفة ، فقال عليه السلام : «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها ، وتحبس الأرض بركاتها»[2] .

فتحصل أن الضمان باليد غير داخل في الحديث الشريف ، فلا يقابل بالنماء ، وأيضا أن ضمان البائع للعين قبل القبض لا يدخل في الحديث ، فإنه على عكس مدلوله ، فإن المفهوم منه أن المراد من الضمان هو ضمان ما بيده بما خرج عنه ، فإنه هو المفهوم من التعهد ، بأن يتعهد له بضمان الشيء بشيء آخر خرج عنه ، لا التعهد بنفس الشيء بما دخل في ملكه ، كما هو معنى ضمان البائع للمبيع قبل القبض ، فإنه يضمن نفس المبيع لدخول الثمن في ملكه بالبيع .

ثم الظاهر أن المراد من الضمان هو النفس الأمري المتحقق في الخارج الذي لا يكون تحققه بإمضاء الشارع له ، إذ لا تحقق له حقيقة إلا بجعل الشارع ، وبدونه

---

١ ـ الوسائل ١٨ : ١١٩ ، حديث ١ من الباب ١٧ من أحكام الإجارة (مصدر مذكور) .
(٢) المصدر ذاته .

حقيقة غير متحقق ، وإن كان هناك تعهد من البائع أو المشتري ، إلا أنه مع عدم إمضاء الشارع لا أثر له ، فوجوده كعدمه ، لا أنه من جهة أن الألفاظ موضوعة للصحيح ، بل حتى لو قلنا بأنها موضوعة للأعم يستفاد هذا المعنى .

وبهذا يتضح خروج الضمان بالعقود الفاسدة التي لم يمضها الشارع ، إذ لم يتحقق ضمان في نفس الأمر .

ثم أيضاً إن الظاهر أن المراد من الضمان هو الضمان المنجز ، فلا يشمل الضمان الثاني المقدر الوجود ، فلا يدخل في هذه الفقرة الشريفة الضمان في مثل «اعتق عبدك عني» ، فإنه لا يحصل الضمان منجزاً للعبد إلا بحصول العتق ، وإنما يكون حصول مقتضى الضمان بالأمر بالعتق ، فيكون الضمان بحصول الأمر ثانياً ، فيتوقف تنجزه على حصول المعلق عليه ، وهو العتق .

فتحصل إلى هنا أن الأمور التي لا تخرج عن عموم هذا الحديث الشريف ـ تخصّصاً لا تخصيصاً ـ أربعة : الضمان باليد ، وضمان المبيع قبل القبض ، والضمان في العقد الفاسد ، والضمان في الأمر .

إذا عرفت ذلك ، فنقول : إنه لا دلالة لهذا الحديث على أن يكون الضمان مخصوصاً في العين المملوكة ، بل شامل لكل تعهد بالعين ، سواء كانت داخلة في ملك الضامن أم لا ، فيدخل الضمان في المعاطاة للعين على القول بالإباحة ، وإن كانت في ملك مالكها الاصلي ، ولا بد حينئذ من دخول النماءات في ملك من بيده العين في مقابلة الضمان ، وليس الضمان في المعاطاة من أحد هذه الأقسام الأربعة بالضرورة ، فلا موجب لخروجه عن عموم التعليل .

« **بسم الله الرحمن الرحيم**

وبه نستعين ، والحمد لله رب العالمين »[1] .

قوله ﷺ : **مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع ... الى آخره .**

هذه كما أنها مقدمة لما يأتي فهي خاتمة لما سبق ، ولا يخفى أن الشك في اعتبار اللفظ يقع على نحوين : الأول أن يشك في اعتباره في صحة العقد ، وهو تارة يكون الشك في اعتباره من جهة الشك في صدق العقد الخاص على الفعل ، كما إذا شك في أن إشارة الأخرس هل يصدق عليها عنوان البيع ، كما يصدق على الإنشاء باللفظ ، أم لا ؟

والأصل في المقام هو عدم الصحة وعدم كونه عقداً ؛ لأن ترتب الأثر عليه لا يكون إلا بعد صدق العقد الخاص عليه ، والمفروض أنه مشكوك ، ولا أصل هناك يقتضي كونه من العقد الخاص .

والأخرى يشك في اعتبار اللفظ مع العلم بصدق عنوان المعاملة عليه ، فيكون الشك في أنه شرط زائد يتوقف عليه تأثير العقد ، والأصل في المقام هو عدم الاشتراط للتمسك باطلاق ﴿ **أحل الله البيع** ﴾[2] وأمثاله ﴿ **وأوفوا بالعقود** ﴾[3] .

والثاني أن يشك في اعتباره في لزوم البيع بعد فرض صدق العقد عليه وحصول شرائط تأثيره ، كما في المعاطاة بعد العلم بأنها من العقود ، فإنه يشك في أنها تقتضي اللزوم أم لا ؟ وقد تقدم من الشيخ ﷺ أن الأصل اللزوم في الملك ،

---

(١) من الأصل .

(٢) البقرة : ٢٧٥ .

(٣) المائدة : ١ .

فتكون المعاطاة لازمة على القول بالملك ، إلا أن يقوم دليل على عدم لزومها ، فلا أصالة اللزوم وعدمها تجري في المقام الأول بنحويه ، ولا أصالة الاشتراط أو عدمه تجري في المقام الثاني .

إذا عرفت ذلك فالعاجز عن التلفظ كالأخرس ، تارة يشك في صدق البيع على إشارته لاعتبار اللفظ فيه ، فلا تكفي الاشارة منه في الانتقال ؛ لأصالة عدم ترتب الأثر وأصالة الاشتراط ، أو أنها تكفي اشارته لأصالة عدم الاشتراط ، وأخرىٰ يشك في انه بعد صدق اسم البيع على إشارته ، هل (يقتضي ذلك اللزوم او لا ؟)[1] .

والمبحوث عنه في المقام هي الجهة الأولىٰ في أن العاجز عن اللفظ إشارته صادق عليها اسم البيع أم لا ؟ والحق ان العاجز اذا كان مثل الأخرس لا ما اتفق عجزه تكون إشارته كلفظ غيره موجدة[2] للمعنى ؛ لأن إنشاء مقاصده وبيانها منحصر عنده في الإشارة ، حتى تكون الإشارة عنده بمنزلة اللفظ في إفادة المعنى للمتلفظ ، فكما أن اللفظ وجوده وجود للمعنى بالعرض ، يكون وجود الإشارة وجود للمعنى بالعرض ، فلا محالة حينئذ من صدق اسم البيع عليها ، وتكون عقداً كسائر العقود كالإنشاء باللفظ بلا فرق ، فيتمسك لإثبات صحته وترتب الأثر عليه بـ﴿ **وأوفوا بالعقود** ﴾[3] ؛ لأنه يكون عقداً يجب الوفاء به .

ولا وجه للتفصيل بين قدرته على التوكيل وعدمه ، فإنه لو كان قادراً على التوكيل فتوكيله أيضاً يأتي الكلام به في أن إشارته للتوكيل يصدق عليها عقد التوكيل أم لا ؟ ثم ينتقل إلى توكيله على التوكيل ، وهكذا إلى غير النهاية ، فدائماً

---

(١) ما بين القوسين ضرب عليه بالقلم .

(٢) في الأصل : موجودة .

(٣) المائدة : ١ .

هو غير قادر على التوكيل باللفظ حتى يفرض أن قدرته على التوكيل مانعة عن انعقاد بيعه بالإشارة ، وإن اكتفى بالتوكيل ولو بالإشارة لصدق العقد عليها ، فذلك يقتضي صدق عقد البيع عليها أيضاً ، فلا معنى لاشتراط عدم القدرة على التوكيل.

والحاصل أنه إن كانت إشارته يصدق عليها اسم عقد البيع ، فلا يشترط اللفظ فيه في حقه ، وليس الأصل هو الاشتراط ، سواء كان قادراً على التوكيل أو لم يكن ، وإن لم يكن صادقاً عليها ، فالأصل الاشتراط في كلا المقامين ، ويحتاج إثبات صحته إلى دليل خارجي بلا فرق ، بل لا معنى لفرض قدرته على التوكيل حينئذ .

ومن هنا يظهر أن كلام الشيخ ﵀ في المتن مضطرب جداً يحتاج توجيه كلامه إلى تأمل .

وعلى كل حال ، فلو شك في صدق اسم البيع على إشارته ، فالدليل القائم على عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس كاف لإثبات صحة بيعه بالإشارة ؛ لدلالته على صدق العقد على الإشارة ، وقابليتها لإنشاء العقد بها .

وإذا ثبت كون الإشارة يصح إنشاء المعاني بها وإيجادها يصدق عليها اسم البيع ، ولا محالة تقع عقداً صحيحا ، مع أنه بالفحوى يستفاد وقوع البيع بالإشارة ؛ إذ أمرُ الفروج عند الشارع أهم من الأموال ، ومراعاة الاحتياط فيها أشد ، فتدبر .

قوله ﵀ : **ثم لو قلنا بأن الأصل في المعاطاة ... إلى آخره** .

حاصله : أن جريان أصالة اللزوم في المعاطاة على القول بالملك إنما هو في مورد قدرة المتعاطيين على مباشرة اللفظ ، وأما مع عدم القدرة كالأخرس فهو خارج عن هذا الأصل ؛ لأصالة الاشتراط ، ولا يخفى أن هذه الجملة من الشيخ﵀ من الكلمات المضطربة ، فإن المعاطاة ان كان صدق اسم البيع عليها مشكوكاً ، فلا

معنى لجريان أصالة اللزوم ؛ لأن محل هذا الأصل ـ كما عرفت ـ فيما إذا علم صدق اسم عقد البيع عليها ، وعلم قابليتها لإنشاء البيع بها ، بحيث تكون من العقود ، بل إنما الجاري هو أصالة الاشتراط باللفظ وأصالة عدم الصحة ، وحينئذ قد يفصل بين قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ وعدمها ، وإن كان صدق البيع عليها معلوماً ، فإنه وإن كان محلاً لجريان أصالة اللزوم ، إلا أنه حينئذ لا معنى للتفصيل المذكور ؛ لأنه إذا صدق عليها عقد البيع وكانت قابلة لإيجاد البيع وإنشائه بها ، فلا يفرق فيه بين القدرة على مباشرة اللفظ وعدمها .

قوله ﷺ : **والظاهر أيضاً كفاية الكتابة ... إلى آخره .**

لا يخفى أن الكتابة وإن كانت أقوى من الإشارة في الدلالة على المقصود ، ولهذا جعلت عند الأمم من أقوى الحجج على الكاتب في جميع إقراراته ، إلا أن وقوع العقود بها أمر آخر ، فإن المناط في وقوع العقد بشيء أن يكون إيجاديا لذلك المعنى وينشأ به .

ومن المعلوم أن الكتابة ليس من قبيل اللفظ أو إشارة الأخرس بحيث ينشأ بها المعنى على وجه يكون وجودها يكوّن وجوداً للمعنى بالعرض ، كما في اللفظ وإشارة الأخرس ، بل الكتابة من قبيل العلامة والإمارة على المعنى ، فليس لحاظها لحاظاً آليا فانياً في المعنى ، فناء اللفظ في معناه ، بل لحاظها يكون استقلاليا ، ومن لحاظها ينتقل إلى لحاظ المعنى .

نعم لو كان الكاتب عاجزاً عن اللفظ والإشارة ، وكانت كتابته له بمنزلة كلامه أو إشارته صح إنشاء العقود بها ؛ لأنها تكون حينئذ بمنزلة اللفظ أو الإشارة حيث ينحصر إيجاد المعاني عنده بهذه الوسيلة ، وعليه تكون بمنزلة الإشارة ، فكما أن الإشارة لمن كان قادراً على الكلام تكون كالعلامة على مقاصده ـ وإنما تكون بمنزلة اللفظ إذا عجز عن الكلام ، فتنحصر إيجاداته للمعاني بها ـ فكذلك

الكتابة ، فالإشارة لمن عجز عن اللفظ ، والكتابة لمن عجز عن الإشارة ، فتدبر جيداً .

قوله ﷺ : **أما الكلام من حيث المادة ، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات ...** إلى آخره .

هذا هو الحق لما عرفت من أن المعيار في وقوع العقد بشيء أن يكون ذلك الشيء وجوده وجود للمعنى بالعرض ، بحيث ينشأ به المعنى ويوجد به ، فلا ينعقد بما كان كالعلامة والامارة على المعنى ، ومن المعلوم أن اللفظ في الكناية لم يستعمل ولم ينشأ به المعنى الكنائي ، وانما استعمل في المعنى الموضوع له اللفظ ، ومنه ـ باعتبار التلازم بين المعنى الحقيقي والمعنى الكنائي ـ ينتقل إلى الثانية ، فلا يكون اللفظ في الكناية إلا كالعلامة على المعنى الكنائي ، فكيف يصح وقوع العقد بالكنايات ؟ ومنه يعلم أنه ليس المنشأ في عدم وقوع العقد بالكناية هو العمل بأصالة بقاء الملك ، أو لأن المخاطب لا يدري على ما سيذكر المصنف توجيهه ، فإنه إذا كان العقد صادقاً على الكناية لو فرض صحة الإنشاء بها لما صح جريان هذا الأصل ، ولو لم يصدق يعلم بعدم الانتقال ، ولا محل لجريان الأصل .

قوله ﷺ : **وربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة ...** إلى آخره .

هذه مسألة أخرىٰ ، والحق أيضاً عدم وقوع العقد بالمجازات ، سواء كان قريباً أو بعيداً وسواء كانت القرينة حاليّة أو مقالية ، بناءاً على أن القرينة لم تذكر إلا لصرف اللفظ عن ظاهره لوقوع اللفظ ظاهراً في معناه الحقيقي ، وبالقرينة يصرف إلى المعنى المجازي .

وعليه لا يكون اللفظ وجوده وجوداً للمعنى المجازي بالعرض ، بل يكون علامة بواسطة القرينة ، كما أن القرينة لم تستعمل في المعنى المجازي حتى يقال : إن المعنى المجازي ينشأ بالقرينة ، فيفرق بين القرينة المقالية والحالية ، كما صنعه

الشيخ ﷺ فيما يأتي ، بل القرينة لم تستعمل إلا في معناها الذي وضعت له ، ولما كان معناه مع المعنى الحقيقي يتناقضان ، فالعقل يصرف اللفظ إلى غير معناه .

نعم لو كان إفادة المعنى المجازي حاصلة من مجموع اللفظ المجازي والقرينة ، بحيث يكون بمجموعهما إيجاداً له ، لكان وجه لوقوع العقود بالمجازات ، إلا أنه خلاف التحقيق ، فتدبر .

قوله ﷺ : **هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى ...** إلى آخره .

لا ريب في أنه إذا كان اللفظ له ظهور عرفي في معنى العقد يصح وقوع العقد به ، سواء كان من الألفاظ الكنائية أو المجازية ؛ لأنه بذلك الظهور العرفي وتعارف استعمال اللفظ في ذلك المعنى يكون إيجاده إيجاداً للمعنى بالعرض كاللفظ الموضوع بلا فرق ، وهذا خارج عن محل الكلام ، فإن الكلام في نفس الكنائية أو المجاز مع بقائهما على ما هما عليهما ، وأما اللفظ المتعارف استعماله في ذلك المعنى ، فإنه يكون إنشاء المعنى به بلا واسطة ، ولا يكون من قبيل العلامات أو الامارات على المعنى .

قوله : **فتأمل .**

لعله أشار إلى الفرق بين الذي قوّاه جماعة من الاكتفاء بكل لفظ ، وبين الاكتفاء بلفظ له ظهور عرفي ، الظاهر من النصوص والفتاوي ، لما ذكرناه من ان له حالة ظهور عرفي لا مانع من وقوع العقد ، بخلاف غيره من باقي المجازات والكنايات مما ليس له هذا الظهور ، أو أشار إلى أن كون الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل لا يقتصر انعقاده بلفظ نقلت ، ضرورة أنه ليس المراد هو النقل بالحمل الأولي ، بل المراد هو النقل بالحمل الشائع ، حيث يكون اللفظ وجوده وجوداً للمعنى ، فيقع به النقل الخارجي ، وأما لفظ نقلت فالمسلّم دلالته على النقل بالحمل الأولي ، وأما على النقل بالحمل الشائع فأول الكلام ، إلا أن يكون له ظهور بالمعنى

الخاص كما عرفت ، أو أشار إلى أن من اطلق اعتبار الإيجاب والقبول لا يكون كلامه ظاهراً في اعتبار كل لفظ ، فإن الكلام في صدق الإيجاب والقبول على كل لفظ ، إذ لا يصدق الإيجاب أو القبول إلا على ما كان ينشأ به المعنى ، على وجه يكون وجوده وجوداً له بالعرض ، فإطلاق الإيجاب لا يشمل ما لا يصدق عليه الايجاب بالضرورة .

قوله ﷺ : **ولعل الأولىٰ أن يراد باعتبار الحقائق** ... إلى آخره .

أقول : والأولىٰ أن يحمل قول من اعتبر عدم المجاز على إرادة المجاز الغير المتعارف ، ومن اكتفى ببعض الألفاظ المجازية على المتعارف استعماله في ذلك المعنى ، لا ما ذكر الشيخ ﷺ من الفرق ، لما عرفت أن القرينة لم تستعمل في المعنى المجازي ، وإنما تستعمل في معناها الذي وضعت له ، ولمكان المنافاة بينه وبين المعنى الحقيقي للفظ يحمل اللفظ على غير معناه ، فإن أراد من انتهاء الإفادة بالاخر إلى الوضع : أن القرينة تكون مستعملة في المعنى المقصود بحسب الوضع ، فقد عرفت خلافه ، فإن قوله : « في الحمام » في مثال : «رأيت أسداً في الحمام» لم يستعمل في الرجل الشجاع وغير موضوعة له .

وإن أراد من الانتهاء أن القرينة مستعملة في معناها بالوضع ، فلا ينفع في إفادة المعنى المقصود إذا لم تكن مستعملة فيه .

والحاصل : أن الانتهاء بالاخرة إلى الوضع إنما يجدي إذا كان ينتهي إلى استعمال اللفظ في المعنى المقصود بالوضع ، وليست القرينة مستعملة في المعنى المجازي ولا موضوعة له ، واستعمالها في غيره لا يقتضي إنشاءه بها ، فتدبر جيداً .

قوله ﷺ : **ومما ذكرنا يظهر الاشكال في الاقتصار على المشترك اللفظي**... إلى آخره .

الحق عدم وقوع البيع بالمشترك اللفظي ولا بالمشترك بالمعنى مع القرينة

اللفظية ، فضلاً عن الحالية ؛ وذلك لأن معاني العقود خصوصاً مثل البيع معاني بسيطة لا يعقل إيجادها على سبيل التدريج ، فلا يصح وقوعها بالمشترك اللفظي أو المشترك المعنوي .

أما المشترك المعنوي فواضح ؛ لأنه إن أُستعمل في الفرد على سبيل المجاز فهو يلحق في المجاز ، وإن أُستعمل في معناه العام ، والقرينة تكون بمنزلة الفصل ، فلازمه وقوعه للمعنىٰ على سبيل التدريج ، وهو خلاف فرض بساطته ، فلا يعقل ذلك .

وأما المشترك اللفظي فقد تقدمت الإشارة إليه في بعض مباحث المعاطاة في التنبيه الخامس ؛ لأن اللفظ لما كان مشتركا بين عدة معان إذا أُطلق لا ينصرف منها أحدها إلا بالقرينة المعينة ، فيكون مجملا مردداً بين أحد تلك المعاني ، ولا يعقل حينئذ إيجاد المعنى بنفسه ، بل لا بد من القرينة ، فيكون من قبل تعدد الدال والمدلول ، ولازمه وجود المعنى على سبيل التدريج كالمشترك المعنوي ، فتدبر .

قوله ﷺ : **وأما ما ذكره الفخر ﷺ فلعل المراد ... إلى آخره .**

حاصل هذا التوجيه كما[1] عن الإيضاح : أن المقصود من الخصوصية المعتبرة في الصيغة التي يتوقف صحة العقد عليها هي الخصوصية في المعنى المنشأ لا في اللفظ الذي به الإنشاء .

مثلا إن الشارع يعبر عن العلاقة الحاصلة بين الرجل والمرأة بالنكاح أو الزوجية أو المتعة ، فلا بد أن يكون هذا المعنى هو المنشأ بألفاظ العقود بأي لفظ كان ، وهكذا في سائر العقود ، فلا يعتَبر صيغة مخصوصة ، ولا لفظ مخصوص ، بل يعتبر ان اللفظ الذي ينشأ به العقد دال على المعنى المقصود من تلك المعاملة .

وبعبارة أخرى لا بد أن يكون دالاً على عنوان المعاملة المعبر عنها في كلام الشارع ، فمثلاً تبديل المنفعة بالعين لما كان المعبّر عنها في لسانه بعنوان الإجارة ،

---

(١) في الأصل : لما .

فلا بد أن يكون اللفظ المنشأ به هذه المعاملة دالاً على معنى الإجارة ، ولكن لا يعتبر أن يكون بلفظ آجرت ، بل بكل لفظ دل على هذا المعنى .

واما إنشاء هذا العقد بلفظ بعت ، فلا يصح ولا تقع به الاجارة ؛ لأنه لا يدل على عنوان الإجارة المعبّر بها بلسان الشارع عن هذه المعاملة الخاصة .

نعم لو قصد من لفظ بعت ، إنشاء هذا العنوان ، فيتوقف اعتباره على الاكتفاء بالكناية في إنشاء العقود ، وقد عرفت حالها ، وهكذا الكلام في سائر العقود .

قوله ﷺ : **وفي الوجهين ما لايخفى** ... إلى آخره .

أما الأول فالتأسي لا يقتضي التعيين خصوصا بعد أن كان صدور العقود من النبي وأهل بيته صلى الله عليه وعليهم باللغة العربية ، لمكان أن لسانهم ذلك ، وليس لهم لسان آخر عادي ، حتى يكون عدولهم عنه الى العربي موضع تأس بهم ، ضرورة أن التأسي بالفعل إنما يكون في موضع يقبل لِأَنْ يقع على وجوه غير ما وقع عليه .

وأما الثاني فالأولوية فيه ممنوعة ، بل المناط في منع وقوع العقد بغير الماضي غير موجود في غير العربي ، فالأولوية فيه معكوسة ، فإن غير الماضي إنما لا يصح به إنشاء العقود ؛ لأنه لا يدل على إيجاد الحدث بالمطابقة على ما سيأتي ، وليس كذلك في غير العربي ، والحاصل أن هذه خيالات خالية عن التحصيل .

فالتحقيق : وقوع العقد بغير العربي لمكان صدق العقد عليه بلا إشكال وصحة إيجاد معاني العقود وعناوينها المعبر عنها في بيان الشارع ، ولو كان ذلك ممنوعاً لتوفرت الدواعي الى نقله ، مع أنه لم تذكر فيه رواية ، وما وردت فيه ولا إشارة ، والمعاملات محل الحاجة الماسة بين الناس في كل ساعة ، بل في كل آن ، فكيف يعقل منع الشارع عنه ولم يصل لنا منعه ؟! وهلّا كان مثل الصلاة ، فإنه لما

كانت الصلاة بغير العربي ممنوعة، كيف توفر نقل ذلك وكثرت روايته، مع أنها ليس بأعظم حاجة من المعاملات والعقود ؟!.

قوله ﷺ : **إذ المستقبل أشبه بالوعد** ... إلى آخره.

إلا أنه ليس لازم المضارع الدلالة على المستقبل، بل دلالته على المستقبل تحتاج إلى القرينة، وأما دلالته على الحال فيكفي فيه تجرده عن القرينة على ما في محله، فليس المانع وقوع العقد بالمضارع هو دلالته على المستقبل، بل التحقيق أن المعتبر في اللفظ الذي ينشأ به العقد أن يكون إيجادياً لعنوان المعاملة، وبعبارة أخرى لابد أن تكون نسبته الدال عليها نسبة إيجادية.

وأما المضارع فلا يدل إلا على نسبة تلبسية المتأخرة رتبة عن النسبة الإيجادية، فإن معناه نسبة تلبس الحدث بالفاعل، كما أن معنى اسم الفاعل نسبة تلبس الفاعل بالحدث، فيكون معناه رتبة متأخرة عن معنى المضارع، ولذا يعبرون عن ذلك بقوله: ضرب يضرب فهو ضارب، فإنه إشارة إلى ذلك التأخر، وحيث دل المضارع على نسبة تلبسية، فلا يصح إنشاء العقد به إلا بدلالته على النسبة الإيجادية، وهو لا يدل عليها إلا بالكناية، وقد عرفت حال الكناية، فالمانع عن وقوع العقد به عدم صراحته في الإنشاء، لا الاستقبالية.

وقوله: «**فتأمل**» أخيراً، لعله إشارة إلى هذا المعنى من عدم كونه صريحاً في الإنشاء، وفرض صراحته فرض لا واقع له.

وأما الأمر فلأنه في هذه المقامات لا يكون إلا طلباً من المساوي فلا يكون إلا التماسا، فكيف يعقل حصول الإيجاد به وقصد تحقق المعنى بإنشائه، مع أن المقصود هو الالتماس ؟! ولقد أجادوا في التعبير عنه بالاستدعاء.

قوله ﷺ : **إن القبول الذي هو أحد ركني العقد** ... إلى آخره.

حاصل ما ذكره ﷺ أن القبول الذي يكون ركناً للعقد هو الذي يتحقق به

مفهوم المطاوعة والجري على ما اقتضاه الإيجاب من الطلب الضمني ، فإن الإيجاب هو تمليك مال الموجب على أن يملك الآخر ماله عوضاً عنه ، وقبوله الذي يكون عنه عبارة عن رضاه بذلك ومطاوعته له ، بمعنى تملكه لماله المتضمن لنقل ماله إليه عرضاً عنه ، ولا يعقل تحقق هذا المعنى بالفعل إلا مع تأخره عن الإيجاب ، إذ مطاوعة شيء لشيء لا يعقل تحققها فعلاً إلا بعد حصول المطاوَع (بالفتح) .

فليس المانع من تقديم القبول إلا عدم تحقق العقد بتقديمه ، وليس المانع هو عدم تحقق الرضا بالتقديم ، فإن الرضا كما يتعلق بالمتقدم يتعلق بالمستقبل ، بل الرضا لا يتعلق بشيء لِأَنْ يوجد إلا إذا كان له جهة وجدان وجهة فقدان ، فإنه إذا كان متحققاً من جميع الجهات لا يعقل تعلق الرضا به لِأَنْ يوجد وإلا لزم تحصيل الحاصل ، كما أنه ليس المانع هو التعليق فيه إذا تقدم ، فإن التعليق لا مانع منه إلا الإجماع على عدم وقوع العقد به .

والظاهر أن موردنا غير داخل في مورد الإجماع ؛ لأن مورد الإجماع فيما إذا كان التعليق بنفس الإنشاء ، ولا تعليق في نفس الإنشاء إذا تقدم القبول كما هو واضح ، وإنما يكون التعليق حقيقة في نفس المنشأ ، ولا مانع آخر للتعليق كما في عقد الوصية ، فإنه يكون من قبيل القضايا الحقيقة التي [يكون] فيها الحكم متحققا ، بمعنى أنه دائر مدار موضوعها ، فإن كان في القوة فالحكم كذلك ، وإن كان فعلياً يخرج الحكم من حد القوة إلى حد الفعل ، إلا أنه مع ذلك فالإنشاء فيها فعلياً ، وإن كان المنشأ لا يتحقق إلا بتحقق موضوعه وتابعاً له قوة وفعلاً بحسب الخارج .

والحاصل أنه لو كان المانع من تقديم القبول هو التعليق فليس بمانع ؛ لأنه إن كان من جهة الاتفاق على عدم التعليق في العقود فذلك غير شامل للمقام ؛ لأنه مختص بما إذا كان التعليق بنفس الإنشاء ، وإن كان من جهة نفس التعليق ،

فالتعليق واقع لا إشكال به ، كما في عقد الوصية ، فليس المانع في الحقيقة إلا عدم تحقق العقد به حتى على نحو التعليق ، فإنه بالحمل الشائع لا يكون مطاوعة مع عدم حصول المطاوَع .

قوله ﷺ : **منع الفحوى** ... إلى آخره .

لعله لما سيأتي في باب الفضولي من النص الوارد ، الظاهر منه أن الأولوية على العكس ، حيث ورد ردّاً على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه ، بالصحة في الثاني ؛ لأن المال له عوض ، والبطلان في الأول ؛ لأن البضع ليس له عوض ، فقال الإمام ﷺ في مقام ردهم واشتباههم في وجه الفرق : «سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده ، فإن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه ؛ لأنه الفرج ومنه يكون الولد»[1] الخبر .

قوله ﷺ : **ففي الحقيقة كل منهما يخرج ماله الى صاحبه** ... إلى آخره .

أقول : فيكون البيع دالاً على تمليك ماله لغيره بالمطابقة ، وعلى تملكه لمال الغير ضمنا وبالتبع من جهة ذكر العوض ، والاشتراء دالاً على تملكه لمال البائع بالمطابقة ، وعلى تمليك ماله للغير ضمناً وبالتبع من جهة ذكر العوض أيضا ، فالاشتراء على العكس من إنشاء البيع من جهة التملك والتمليك ، ولذا إذا وقع الاشتراء متأخراً بلفظ اشتريت يتحقق فيه المطاوعة والقبول ؛ لأن التملك إذا وقع بعد التمليك كان مطاوعاً له ، بخلاف التمليك فإنه إذا وقع بعد التملك لا يقع مصداقاً للمطاوعة ؛ لأن التمليك بحسب ذاته فعل ابتدائي من قبيل إيجاد الأثر ، والتملك من قبيل قبول الأثر ، كالكسر والانكسار ، ولا يعقل أن يكون الكسر مطاوعا للانكسار ، بخلاف الانكسار ، إلا أن التملك إنما يقع مطاوعة إذا وقع بعد التمليك ، أما إذا وقع قبله فلا ؛ لعدم معقولية تحقق المطاوعة للمتأخر ، وليس هو مما لا يقع

(١) الوسائل ١٩ : ١٦٣ ، حديث ٢ من الباب ٢ باختلاف يسير . (مصدر مذكور) .

إلا مطاوعة كالانكسار ، فإن باب التفعل ليس دائماً معناه قبول الأثر ، كالتدرج والتكهن والتأمل ، وغير ذلك مما يدل على إيجاد الأثر ، ولا دلالة له على القبول ، فلا مانع من دلالة التملك على إيجاد الأثر إذا تقدم على الإيجاب بلفظ اشتريت ، بخلاف باب الانكسار ، فإنه لا يكون إلا بمعنى قبول الأثر .

إذا عرفت ذلك يتضح أنه لا مانع من تقدم القبول بلفظ اشتريت ، فإنها ليست متمحضة في الدلالة على قبول الأثر حتى لا تقع إلا بعد إيجاد الأثر بالإيجاب ، فيصح تقدمها لدلالتها حينئذ على إيجاد الأثر ، وهو التملك ابتداءاً كتملك اللقطة والمباحات ، فيقع التملك ابتدائيا من المشتري ، كالتمليك حينئذ ، فيقع ابتدائيا أيضاً من البائع بإيجابه المتأخر ، فلا يتحقق مفهوم القبول في البين ، لا من المشتري ولا من البائع إلا بمعنى حصول مجرد الرضا ، لا بمعنى المطاوعة ، وهل هذا كاف في صحة العقد ، أم لا بد من تحقق مفهوم المطاوعة ؟

اختار الشيخ ﷺ الأول ، حيث ادعى أن المسلم من الاجماع على اعتبار القبول من المشتري هو المعنى الشامل لمجرد الرضا بالإيجاب ، ولكن الحق الثاني ؛ لأن إيقاع التملك بدون المطاوعة يدخل في باب الإيقاعات ، ويخرج عن العقدية ؛ ضرورة أن العقد لا يتحقق إلا بارتباط أحد الإنشائين بالآخر ، وإلا لكان كل من الإنشائين إيقاعا مستقلا ، ولا يتركب العقد من إيقاعين .

والحاصل : أنه إذا تقدم القبول بلفظ اشتريت ، فإما أن يتحقق مفهوم القبول فيه ، وذلك غير معقول ؛ لعدم صدق المطاوعة عليه ، وإما أن لا يتحقق ، فيكون إيقاعاً صرفاً ، فكيف يتحقق العقد من إيجابين ؟ وسيأتي من المصنف ﷺ قريباً أن العقد لا يتركب من إيجابين ، حيث ذكر في الصلح أنه لا بد من القبول من المتأخر من المتصالحين ، ولا يصح بقول كل منهما : « صالحتك » ؛ لصيرورة كل منهما بذلك موجباً .

قوله ﷺ : **فتلخص مما ذكرنا أن القبول في العقود ... إلى آخره .**

والأوضح في التقسيم أن يقال : إن العقد إما أن يكون من العقود الاذنية التي لا يكون فيها سوى الرضا في الإيجاب ، وليس فيها نقل شيء من الطرفين منها كالوكالة والعارية ، أو لا .

وإن كان الثاني ، فإما أن يتضمن للمعاوضة كالبيع ، أم لا ، كالارتهان والاتهاب ، فإنه ليس فيه نقل إلا من طرف واحد .

وإن كان الأول ، فإما أن يكون الالتزام من أحد الطرفين نظير الالتزام من الآخر كالمصالحة ، أو لا بأن يكون متغايراً كالبيع ، وهذا القسم إما أن يكون قبوله بلفظ « قبلت » وأمثالها ، أو بلفظ « اشتريت » وأمثالها. فهذه أقسام خمسة :

الأول : العقود الاذنية وحيث إنه لا يعتبر فيها أزيد من الرضا بالإيجاب ، فلا بأس بتقديم القبول فيها الدال على صرف الرضا بالإيجاب ، وان لم يكن فيه معنى المطاوعة وقد عرفت ان الرضا ، كما يتعلق بالأمر المتقدم يتعلق بالأمر المستقبل ، إلا أن خصوص الوكالة لا يطرد ذلك فيها في جميع أقسامها ؛ لأن الوكالة على قسمين : وكالة عقدية وغير عقدية ، والوكالة التي تعد عقداً لا بد فيها من تحقق معنى المطاوعة في قبولها ، فلا بد من تأخره ، وإلا فلا تقع وكالة عقدية .

والثاني : العقود العهدية التي لا تتضمن المعاوضة من الطرفين ، بل لم يكن نقل إلا من طرف واحد ، كالهبة ، وقد يقال : بعدم اعتبار تأخر القبول فيها ، حيث لا يتضمن قبولها نقلاً من القابل ، فيكفي فيه صرف الرضا بالإيجاب ، إلا أن التحقيق عدمه .

أما ما يتضمن تمليكاً من الموجب مثل الهبة ، فلا بد من تحقق معنى التملك من القابل ، وهو معنى المطاوعة ، فكيف يصح تقديمه ؟! وإلا لما تحقق العقد بركنيه .

وأما ما لا يتضمن تمليكا كالرهن ، فإنه وإن يكن معنى قبوله هو التملك من القابل ، إلا أنه يعتبر تحقق معنى الارتهان من القابل في تحقق معنى القبول ، وهذا يتضمن معنى المطاوعة أيضا ، فكيف يجوز تقديمه ؟! وحيث إن هذا القسم ليس في قبوله نقل شيء من القابل ، لا محالة لا يقع القبول إلا بلفظ « قبلت » وأمثالها ، فدائما لا يصح تقديم قبوله لا كالعقود المعاوضية .

والثالث : العقود المعاوضية التي لا تغاير فيها بين الموجب والقابل ، كالصلح على المعاوضة بين الشيئين ، فكل منهما يصح أن يكون قابلاً وموجباً ، ولا يتحقق كون أحدهما قابلاً إلا إذا كان قبوله بلفظ « قبلت » وأمثالها ، وإلاّ فلو كان قبوله بلفظ « صالحت » كالموجب لم يكن ذلك فيه معنى المطاوعة والقبول ، فلا يقع قبولاً ، بل يكون ايجاباً مستقلاً ، فيتركب العقد من ايجابين وإيقاعين ، فينحصر قبوله بـ « قبلت » ، فلا بد من تأخيره ، على انه لو صححنا وقوع القبول بلفظ « صالحت » إلا أنه لا يعقل تحقق معنى القبول إلا إذا تأخر ، وأما مع تقدمه فينحصر في الإيجاب ، فكل من يتقدم منهما يكون موجباً والمتأخر قابلاً ، فلا يتصور فيه تقديم القبول .

وأما الرابع والخامس فقد تقدم الكلام فيه ، وقد عرفت أن القبول بلفظ « اشتريت » أيضاً لا يصح تقديمه ، كالواقع بلفظ « قبلت » ، على خلاف ما يختار الشيخ ﷺ .

في ضمان القيمي

قوله ﷺ : **ثم إنهم اختلفوا في تعيين القيمة** ... إلى آخره .

اختلف العلماء في تعيين القيمة لضمان القيمي ، علىٰ أقوال أربعة :

قيمة يوم التلف ، وقيمة يوم الغصب ، وقيمة يوم الأداء ، وأعلا القيم من الغصب إلى يوم التلف .

ومبنىٰ القول الأول هو : أن ضمان القيمة إنما كان يوم التلف ؛ لأنه قبل التلف كان يجب عليه رد العين ، وإنما يتنجز ضمان القيمة يوم التلف .

ومبنى القول الثاني : أن العين إنما كانت في عهدته يوم غصبها ، فهو من ذلك الحين ضامن لها .

ومبنى القول الثالث : أن المضمون إنما هو القيمة الغير المتعذرة ، بمعنى أنه ضامن للعين ذات الماليه القائمة بها التي لا تختلف باختلاف أوقاتها ، فمالية العبد عبارة عن قيمته المنتسبة إلى فوقه وإلى ما تحته التي تكون بها تلك النسبة محفوظة مهما اختلف الزمان والمكان .

ومالية الخبز مثلاً عبارة عن تعداده الذي يكفي مقداراً لأكل رجال معدودين ، الذي لا يختلف ذلك باختلاف الأزمان ، وإن اختلفت قيمته السوقية مع حفظ نسبته الخاصة إلى ما فوقه وتحته ، فإذا أراد أن يؤدي الضامن للخبز مثلاً

يؤدي قيمة المقدار من الخبز المضمون ، الذي كان يكفي عشرة ، فلا بد أن تكون تلك قيمته يوم الأداء .

ومبنى القول الرابع : أن قيمة العين صفة قائمة بها كسائر الأوصاف ، فكما أن الأوصاف إذا ارتفعت قبل التلف في زمان من الأزمان ، ولو في حين استيلاء الغاصب عليها ، يكون الغاصب ضامناً لها ، كذلك القيمة للعين ، بل هي أولى لأنها المقومة لماليتها .

قوله ﷺ : وتداركه ببدله على هذا النحو بالتزام مال معادل له مقامه ... إلى آخره .

إلا أن هذا لا يقتضي تعيين يوم التلف ؛ لأن تداركه ببدله بالالتزام بالمال المعادل إنما يقتضي تدارك المبدل الذي كان عليه الضمان ، فلا بد من الالتزام بأن ضمانه للبدل كان حين التلف، وإلا فلو كان الضمان حين القبض ، كما هو الحق ، فلا بد من تعيين قيمة يوم الغصب أو القبض ، أما أن الضمان للعين حين القبض لا حين التلف ، فبيانه :

أنه ليس معنى الضمان هو وجوب تنجز الأداء ، بل هو عبارة عن نفس الحكم الوضعي ، والتعهد الثابت حين الاستيلاء على العين ، غاية الأمر أن متعلقه يكون معلقاً على وقت التلف ، فالعين هي في حين الاستيلاء في عهدة الضامن ، بمعنى أنه لا بد أن يؤديها بنفسها أو ببدلها عند التلف ، ضرورة أن السبب للضمان هو نفس وضع اليد على العين لا التلف ، وإنما يتعين البدل بالتلف لتعذر أداء العين بنفسها ، وهذا الوجوب إنما هو منتزع من ذلك المقام ، وإلا فلو كان الضمان لنفس العين أولاً ، فيكون تنجز ذلك الضمان حين التلف بالقيمة التي لم تكن متعلقة للضمان، وكيف يعقل تنجز الحكم بغير ما تعلق به أولاً ؟! .

نعم لو كان سبب الضمان هو صرف الاتلاف لكان الوجه هو الضمان من

حين التلف ، اللازم منه ضمان قيمة يوم التلف .

وأما تعيين قيمة يوم الغصب فواضح ؛ لأنه لما كان الضمان للعين في حين القبض ، وكان البدل مستقراً في ذمته من أول الأمر وواجب التدارك من ذلك الحين ، لا بد أن يكون الذي يجب أن يؤديه وهو قيمة يوم القبض ، ولا ينافي أن الواجب ـ وهو الأداء ـ زمانه غير زمان الوجوب ، بخلاف ما لو كان زمان الوجوب هو زمان الواجب ، فإنه يتعين قيمة يوم التلف .

فتحقق أن الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم الغصب لا يوم التلف .

والحاصل نحن والشيخ ﷺ متفقون على تعيين قيمة يوم وجوب التدارك ، غاية الأمر نحن ندّعي بأن هذا الوجوب زمانه هو زمان القبض ، ويذهب الشيخ إلى أن زمانه زمان التلف ، كما يظهر من مطاوي كلماته .

ولعل من يلاحظ كلامه في توارد الأيدي ، كما سيأتي انشاء الله تعالى ، يظهر له خلاف ذلك ، ولكن مع ذلك فالمسألة غير نقية عن الإشكال ، فتدبر .

قوله ﷺ : **بل يمكن أن يقال : إذا ثبت في المغصوب** ... إلى آخره .

حاصله أنه يمكن أن يقال : بحكومة هذه الصحيحة على اطلاقات الضمان ، ومفسرة لمعنى الضمان ، فيسري الحكم إلى غير الغصب ، فلا يقتصر في الحكم على خصوص الغصب ، حيث يكون من باب الإخراج والتخصيص ، أو يعم لغير الغصب بدليل آخر دال على المساواة ، بل نفس الصحيحة كافية في التعميم .

بيان ذلك ، أن الأدلة بحسب إطلاقها لو خليت وأنفسها دالة على الضمان ، وليس معنى الضمان الذي نفهمه الا وجوب تدارك العين يوم التلف ، وصحيحة أبي ولّاد[1] لما دلت على ان المتعين هو قيمة يوم الغصب ، كان معناه عدم وجوب تدارك العين ؛ لأن معنى تداركها هو الالتزام بقيمة يوم وجوب التدارك ؛ وذلك

---

(١) الوسائل ١٩ : ١١٩ ، ح١ من الباب ١٧ من أحكام الإجارة مصدر مذكور .

لأن الصحيحة حيث دلت على تعين قيمة يوم الغصب ، فتكون متعينة حتى لو كانت القيمة يوم التلف أضعاف قيمة يوم الغصب ، فإذا دلت الصحيحة على عدم ضمان هذه القيمة المضاعفة لقيمة يوم الغصب ، كان معناه عدم وجوب تدارك العين بذلك المعنى من التدارك الذي فهمناه ، فكأن هذه الصحيحة نفت ضمان العين ؛ لأن ضمان العين مساوق لوجوب تدارك العين بالقيمة عند التلف ، فاذا لم يجب هذا التدارك بمقتضىٰ الصحيحة فمعناه عدم الضمان .

ولكن المفروض أن الصحيحة المقصود[1] إثبات الضمان لا نفيه ، فكأنها تفسر الضمان لا بمعنى وجوب تدارك العين عند التلف ، فتكون مفسرة للضمان الذي دلت عليه المطلقات وكاشفة عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف .

قوله ﷺ : **أضعاف ما كانت ... إلى آخره .**

هذا خبر لقوله : (كون قيمته) ، وقوله : (غير واجب التدارك) خبر لقوله : (أن يكون المغصوب) .

قوله ﷺ : **نعم لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم ... إلى آخره .**

حاصله أنه إنما تكون الصحيحة مفسرة للمطلقات وحاكمة عليها على وجه يسري الحكم إلى غير الغصب لو قلنا بدلالة الصحيحة على ضمان قيمة يوم الغصب .

أما لو قلنا بدلالتها على ضمان أعلى القيم ، فتكون مقيدة للمطلقات في خصوص الغصب ؛ لأنه لو كان أعلى القيم هو خصوص يوم التلف فحينئذ تتوافق مع اقتضاء المطلقات ، ولو كان أعلى القيم هو يوم الغصب ، ففي مقدار قيمة يوم

---

(١) كذا .

التلف يكون الالتزام من مقتضى الضمان الذي دلت عليه المطلقات أيضاً ، وفي المقدار الزائد إنما يلتزم به الغاصب ، لا لمكان مقتضىٰ الضمان ، بل لمكان أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال ، فتدل على خصوصية في الغصب دون غيره .

فهذه الصحيحة إن استفدنا منها الدلالة على ضمان قيمة يوم الغصب ، أو استفدنا منها الدلالة على ضمان أعلىٰ القيم ، وقلنا بأن البيع الفاسد بمنزلة المغصوب إلا في الاثم ـ كما ادعاه الحلي ﷺ من دعوى الاتفاق ـ كانت دليلاً لما نحن فيه ، وهو البيع الفاسد ، وإلا فإذا استفدنا منها وجوب أداء أعلى القيم ولم يتم ما ادعاه الحلي لا تكون دليلاً لما نحن فيه ، فلهذا يجب البحث عن دلالة هذه الصحيحة .

قوله ﷺ : **في الصحيحة فضمن فيه البغل وسقط الكراء ... إلى آخره** .

حكمُ أبي حنيفة كان مستنداً إلى قوله ﷺ : «الخراج بالضمان»[1] على ما يظهر منه ، وكأنه فهم من الضمان أن المراد معناه الاسم المصدري ، على ما تقدم منا تفصيل هذا الكلام في مسألة المعاطاة ، فراجع .

قوله ﷺ : **بعد ذلك الحديث ... إلى آخره** .

وتمام الحديث : قال أبو ولّاد : «فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري ، فأخبرته بما أفتى به ابو عبدالله عليه السلام ، وقلت له : قل ما شئت حتى أُعطيك هو ، فقال : قد حببت إليّ جعفر بن محمد عليهما السلام ، ووقع في قلبي له التفضيل ، وأنت في حِلّ ، وإن أردت أنْ أردّ عليك الذي أخذت منك فعلت !»[2]

قوله ﷺ : **اما باضافة القيمة المضافة إلى البغل اليه ثانياً ... إلى آخره** .

هذا على رواية عدم تنوين « بغل » بأن يكون مضافاً إلى « يوم » ، وقد يورد عليه بأن إضافة القيمة إلى البغل وإلى اليوم في كلام واحد لم يعهد في اللغة

---

(١) مستدرك الوسائل ١٣ : ٣٠٢ ، حديث ٣ من باب ٧ (مصدر مذكور) .

(٢) الوسائل ١٩ : ١١٩ ، حديث ١ من الباب ١٧ من أحكام الإجارة (مصدر مذكور) .

العربية ، بل لا يعقل أن يضاف اللفظ مرتين في إطلاق واحد أيضاً اليوم[1] .

أقول : هكذا أفاده بعض أجلة مشايخنا دام ظله في مجلس البحث ، بل يلزم أيضاً أن يكون « اليوم » مضافاً إليه مرتين بإضافة « البغل » و « القيمة » اليه ، وهو مثل الأول في الاستحالة والغرابة ، ولكن لا أرى أن الشيخ ﷺ يغفل عن هذا الأمر البديهي البطلان .

فالتحقيق الحقيق في توجيه كلامه أن يقال : ليس الغرض من الإضافة هي الإضافة الاصطلاحية النحوية ، فإنه ضروري الفساد ، بل الحق أن المضاف إليه قيد للمضاف ، فإذا تكررت الإضافات فقد يجعل المضاف إليه الثاني قيداً للأول ، ويكون المضاف الأول مضاف للمضاف اليه الأول بما له من قيده ، فيقال مثلاً : هذه دار صديق أخي ، فيكون الصديق بما أنه صديق للأخ الدار له ، والدار مقيدة بالصديق للأخ .

وقد يجعل المضاف إليه الأول قيداً للمضاف الأول ، ويكون المضاف الأول مع قيده ـ وهو المضاف الثاني أو المضاف إليه الأول ـ مضافاً إلى المضاف إليه الثاني ، بمعنى أنه مقيد بالثاني بما أنه مقيد بالأول ، لا بالإضافة النحوية الاصطلاحية ، فتقول مثلاً : اشتريت ثمرة بستان زيد لمن علم أنك اشتريت ثمرة البستان المعينة ، ولكن لا يعلم هي لمن ، فإذا قلت : « ثمرة بستان زيد » كان معناه أن ثمرة البستان بما هي ثمرة البستان مضافة إلى زيد ، فيكون التقدير : « ثمرة زيد للبستان » .

وهذا إنما يصح إذا كان المضاف الأول يصح إضافته في نفسه إلى المضاف إليه الأول والثاني .

فالمثال للقسم الأول لا يصح تطبيقه على هذا القسم بأي وجه ؛ إذ لا تصح

---

(١) كذا .

إضافة الدار للأخ .

ومحل كلامنا إنما هو من قبيل القسم الثاني ؛ لأن القيمة كما يصح في نفسها إضافتها إلى البغل تصح إضافتها الى اليوم ، فتكون القيمة بما أنها قيمة للبغل مضافة إلى «يوم المخالفة» أي مقيدة باليوم بما أنها مقيدة بالبغل ، لا أن القيمة مضافة بالإضافة النحوية الاصطلاحية إلى « البغل واليوم » حتى يمتنع .

نعم هذا يحتاج إلى القرينة ، وإلا فنظم الكلام يقتضي أن يكون الأخير قيداً لما قبله ، وما قبله مع تقييده به يكون قيداً لما قبلهما ، وهكذا مع تكرر الإضافات .

ولكن يمكن أن يقال : بوجود القرينة في هذه الفقرة الشريفة ، بل هي واضحة ؛ وذلك لأن تقييد البغل بيوم المخالفة لا معنى له ، ضرورة أنه ليس هناك إلا بغل واحد معين غير مقيد ، لا بيوم المخالفة ، ولا بغير يوم ، فأي معنى لتقييده بيوم المخالفة ؟!

ويكون البغل بما أنه مقيد بيوم المخالفة تضاف إليه القيمة ، فينحصر أن تكون القيمة مقيدة بالبغل ، وبهذا القيد تضاف إلى اليوم وتنسب إليه بالمعنى الذي تقدم من الإضافة ، ويكون حينئذ تنكير البغل لصرف الإضافة ، وإنما اقحم بينهما لمكان الاحتياج إليه في التقييد .

فاتضح أن ما أفاده المصنف صحيح لا غبار عليه ، ولكن العبارة ليست واضحة المقصود تمام الوضوح .

فإن قلت : إنه يمكن أن لا يراد بالبغل نفس ذلك البغل المعين ، بل مثل ذلك البغل ، فصح تقييده باليوم ؛ لأن له أمثال متعددة ، فالرواية حينئذ وإن تكن دالة على التزام قيمة يوم المخالفة ، إلا أنها لا تدل على أنه هي المضمونة أصالة ، بل تكون دالة على أنها مضمونة بدلاً عن المثل حيث يتعذر ، وحينئذ تكون مستنداً للقول : بأن القيمي مضمون بمثله ، ومع التعذر يرجع إلى قيمة المثل كالمثليات .

قلت : إرادة ذلك يحتاج إلى قرينة مفقودة في المقام ، بل القرينة على العكس لتقدم ذكر البغل الخاص ومناسبة المقام ، فتأمل .

قوله ﷺ : **وإما بجعل اليوم قيداً للاختصاص** ... إلى آخره .

هذا على رواية تنوين « بغل » فيجعل الظرف متعلقاً بالاختصاص المستفاد من إضافة « القيمة » إلى « البغل » فيكون قيداً له ، إلا أنه لا يخفى أنه حينئذ تصح مستنداً لمذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل ، والقيمة قيمة المثل؛ لأن تنكير البغل لا وجه له مع إرادة البغل المعين ، فلا بد أن يراد « مثل البغل المعين » حتى يصح تنكيره ، فتكون المضمونة يوم المخالفة هي قيمة المثل .

اللهم إلا أن يقال : إن إرادة مثل البغل تحتاج إلى وصفه بالمثلية ، بأن يقول: « قيمة بغل مثله » وإلا فلا دلالة للتنكير على المثلية ، بل يكون مجملاً محتملاً لإرادة عين البغل او مثله ، إلا أن سياق الكلام يعيّن الأول ، وإرادة الثاني تحتاج إلى القرينة .

ثم إنه في بعض نسخ التهذيب والاستبصار ـ كما نقل ـ « البغل » بالألف واللام ، فتكون صريحة في المقصود ، ولكن قد يورد أيضاً ـ كما أفاده بعض اجلة مشايخنا دام ظله في مجلس البحث ـ بأن الاختصاص معنى حرفي ، عبارة عن نسبة « القيمة » إلى « البغل » ، فكيف يعقل تعلق الظرف به ؟! وإنما يصح تعلق الظرف به لو صرح بلفظ الاختصاص بصيغة الفعل أو ما يشبهه ، وما ذكره واضح من جهة القواعد العربية ومن جهة المعنى ، فإن الظرف هو معمول لما تعلق به ومعقوله ، فكيف يؤثر فيه الحرف او ما هو بمنزلته ؟! على أنه لم يعهد ذلك بالقواعد العربية ، كما أن مقتضى تعلق الظرف بشيء أن يكون هناك نسبة بين المتعلق والمتعلق به ، ولا يعقل أن تكون النسبة طرفاً للنسبة ، وإلا لا نقلب المعنى الحرفي الذي حقيقته عين الربط اسمياً موجوداً في نفسه .

أقول : والذي يقوىٰ في النفس أن نجعل الظرف ظرفاً مستقراً متعلقاً بشيء محذوف ، يكون وصفاً من القيمة فيكون التقدير « قيمة بغل حاصلة يوم المخالفة » أو « مقدرة يوم المخالفة» ، فيكون الظرف قيداً للقيمة بما انها مقيدة بالبغل ، ولها هذا الاختصاص به ، وعليه ينزل كلام الشيخ ﷺ فيصح أن يقال حينئذ : إنه قيد للاختصاص تسامحاً ، وإلا فكلام الشيخ ﷺ غير ظاهر في تعلق الظرف بالاختصاص الذي هو عبارة عن النسبة ، وهو بعيد عن ساحته ﷺ .

فتحصل أن غرض المصنف تعلق الظرف بمحذوف ، ويكون قيداً للقيمة بمالها من الاختصاص بالبغل ، وإنما كانت قيداً لها باعتبار أن المتعلق به الظرف وصف للقيمة المضافة إلى البغل ، وإنما يقال : أن نفس الظرف هو الوصف ـ كما قلنا ـ فلأن المتعارف أن يقال : الظرف إذا كان ظرفاً مستقراً هو خبر أو وصف أو حال، ويراد منه أنه تعلق بشيء محذوف له هذا الحكم ، ولكن لما حذف كان الظرف بمنزلته ، ولذا قد ينسب العمل الى نفس الظرف بهذا الاعتبار ، وكما أن هذا المعنى هو غرض المصنف كما هو الظاهر ، فهو الحق أيضاً في فهم هذه الفقرة الشريفة.

وبقي هنا احتمالان في الظرف :

أحدهما : إن الظرف وصف « للبغل » ، فيكون ظرفاً مستقراً أيضاً ، وهو فاسد .

اما اولاً : فلأن البغل ليس مما يختلف بالأيام في شخصه حتى يقيد بيوم خاص .

وثانياً : إن الظرف المستقر هو ما صح الإخبار به عن اسم عين ، بحيث تصح نسبته اليه ، بخلافه الظرف اللغو ، ولذا جعلت الباء من حروف الجر ، و « على » وأمثالها من ظروف اللغو ، و « في » ، و « عند » ، و «يوم » من الظروف

المستقرة .

ولكن كون الظرف مما يصلح الإخبار به هذا مصحح لجعله ظرفا مستقراً ، لا أنه يجب دائماً أن يكون ظرفاً مستقراً ، فإنه إنما يكون كذلك حيث لا مانع منه ، وهنا لا إشكال بعدم صحة أن يخبر عن البغل باليوم ، كما تقول مثلاً : « زيد في الدار » ، فلا يصح جعل هذا الظرف وصفاً للبغل ، ولكن هذا بخلاف جعله وصفاً للقيمة ؛ لصحة أن يقال : « قيمة شيء يوم الجمعة » .

ثانيهما : إن الظرف لغو متعلق بقوله : « نعم » القائم مقام قوله ﷺ : « يلزمك » ، أو انه متعلق بـ« يلزمك » مقدراً لدلالة السؤال عليه ، وهو الذي ذكره المصنف وأورد عليه ، وقد استوجهه بعض مشايخنا دام ظله في مجلس البحث ، بل جعل الأمر منحصراً فيه بحسبان أن الظرف لا يصح أن يكون مستقراً ، ولا لغواً متعلقاً بالاختصاص لما تقدم ، فيتعين أن يكون متعلقاً بـ « يلزمك » .

وبعد ما عرفت يتضح لك عدم الانحصار ؛ لإمكان جعله مستقراًوصفاً للقيمة ، ونظره الشريف أنه على تقدير مستقر يكون منحصراً في أن يكون وصفاً للبغل ، وعلى كل حال فهو وجه وجيه في ذاته ، وإن كان فيه نوع تكلف ، ويكون مفاده عين مفاد الوجه الذي أفاده المصنف على ما استظهرناه من كلامه ﷺ .

وما أورده المصنف يمكن الجواب عنه ـ كما أفاده الاستاد ـ فان السائل ـ كما ذكره المصنف ﷺ ـ إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بعد الفراغ عن أن زمن المخالفة هو عين زمان حدوث الضمان ، ولكن يمكن أن تكون فائدة الظرف غير منحصرة في بيان زمان الضمان ، بل يمكن أن تكون لبيان زمان القيمة أيضاً ؛ وذلك لأن لفظ القيمة ظاهر في إرادة المالية المتقدرة ، وإرادة المالية المتقدرة مع عدم بيان زمانها إخلال في البيان لاختلاف القيمة باختلاف الأزمان ، فلا يصح التكليف بالقيمة

مع عدم العلم بأنها قيمة اي يوم ، فبدلالة الإشارة يمكن استفادة أن زمان القيمة هو زمان حدوث الضمان حيث ذكر زمان حدوث الضمان ، وهو غير محتاج إليه، وذكر المالية المتقدرة ولم يبين زمان تقديرها فيعلم أن زمانها هو يوم المخالفة بدلالة الإشارة ، أو بالدلالة الالتزامية ، كما عبر عنها الاستاد .

ومنه يعلم الجواب عما ربما يتخيل أنه إذا كان الظرف متعلقاً بـ « يلزمك » تسقط الفقرة عن الدلالة على ضمان قيمة يوم الغصب ، ولكن في هذا من التكلف ما لا يخفىٰ .

فالوجه الوجيه الذي لا ريب فيه هو ما أفاده المصنف على ما أوضحناه واستظهرناه ، وإن شنّع عليه الأستاد في مجلس البحث بما لا مزيد عليه .

قوله ﷺ : لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به ... إلى آخره .

وجهه أن عقد الإجارة بالإجماع لا يقتضي ضمان العين المستأجرة إلا باشتراط الضمان على قول غير وجيه ، وإلا فاشتراط الضمان مناف لمقتضىٰ عقد الإجارة ، إلا أن يستدل له بقوله : « المؤمنون عند شروطهم »[1] فتأمل .

وعلى كل حال فليس في القضية الخاصة اشتراط الضمان ، كما هو الظاهر ، فحكم الإمام عليه السلام باثبات قيمته يوم الاكتراء مع أنه لا ضمان في ذلك الحين لا فائدة فيه ، والالتزام بالضمان خلاف الإجماع والقاعدة ، فلا بد من توجيه الرواية بما يوافق القواعد ، وبالتأمل في الرواية الشريفة يظهر الوجه كما افاده المصنف ﷺ ، حيث إن يوم الاكتراء هو يوم المخالفة كما هو الظاهر من الرواية ، ولا ريب بعدم اختلاف القيمة بالساعات إلا نادراً يلحق بالمعدوم .

ولكن بقي وجه عدول الإمام عن حين المخالفة إلى حين الاكتراء ، وهو ظاهر أيضاً ، فإن إقامة الشهود على قيمته عند قنطرة الكوفة مما لا يتفق إلا

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، حديث ٤ من الباب ٢٠ من أبواب المهور (مصدر مذكور) .

بضرب من الاتفاق النادر ؛ فإن مصادفة أحد من الناس يعرفون قيمة البغل ملتفتين الى ذلك ـ مع أنه مر عليها مستطرقاً ـ بعيد جداً ، بخلاف محل الاكتراء في الكوفة الذي هو موضع لمثل ذلك ، فخصصه الإمام به لمكان القدرة على إقامة الشهود حينئذ ، ولا فرق بينه وبين ساعة المخالفة .

قوله ﷺ : وأما قوله ﷺ في جواب السؤال عن إصابة العيب ... إلى آخره .

بقي في الرواية أُمور ثلاثة تحتاج إلى التوجيه ، تعرض لها المصنف ﷺ في كلامه :

الأول : إنه بعد أن ذكر الامام أن ضمان البغل إنما هو بقيمة يوم الغصب ، ومقتضاه أن ضمان الأرش أيضاً كذلك للملازمة بينهما ، فكيف بعد ذلك يحكم الإمام في قوله : « عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده » بأن ضمان الأرش يوم الرد ، فتكون الرواية بالنظر الأولي ولدى الافهام القاصرة متهافتة الصدر والذيل .

وقد ذكر المصنف عنه جوابين :

أحدهما : إن الظرف متعلق بـ« عليك » ، لا أنه قيد للقيمة ، أي أنه يجب أداء الأرش يوم الرد ؛ لأنه في غير يوم الرد لا يجب أداء الأرش وإن صح ، وأما ما ذكرناه في الفقرة الأولىٰ من دلالة الإشارة على أن يوم الضمان هو يوم تعين القيمة فغير منطبق على المقام ؛ أما أولاً : فلأن ذلك في يوم الضمان المناسب له تعين القيمة دون يوم الأداء .

وأما ثانياً : فلأن ذكر زمان حدوث الضمان كان غير محتاج إليه ، بخلاف زمان وجوب الرد هنا ، فكان ذلك من القرائن على تعين القيمة به .

وأما ثالثاً : فلأن القيمة لما كانت ظاهرة في المالية المتقدرة احتاجت إلى

التعيين ، وليس هناك ما يدل على ذلك ، وهنا بعد أن تقدم تعيين زمن قيمة البغل بتلك الفقرة الأولى أُستغني هنا عن بيانها ثانياً ، فلم يكن هنا إخلال في بيان ما يحتاج اليه ، فلم يتم ما يقتضي الدلالة على تعيين القيمة في زمان يوم الرد ، فتدبر ولاحظ .

ثانيهما : إن «يوم الرد » ظرف مستقر يكون قيداً للعيب لا للقيمة ، كما هو مبنى نفس الاستشكال ، فلو ازداد العيب يوم الرد ، فالعبرة به لا بحدوثه لو كان إذ ذاك قليلاً .

وقد أورد عليه المصنف ﷺ : بأنه لازمه لو نقص العيب يوم الرد أو ارتفع لا ضمان إلا بنسبة العيب القليل يوم الرد ، أو لا ضمان أصلاً ، وهو خلاف الفتوى بضمان ما حدث من العيب ، ولو نقص أو ارتفع حين الرد حيث إن الرجوع الى الصحة أو ارتفاع بعض العيب كان في كيس صاحب المال ، فلا يرفع الضمان الحادث .

وقيل عليه : إن الأقوال في المسألة ثلاثة ، ثالثها : التفصيل بين وصف الصحة وغيرها ، فلا يرتفع الضمان بها دون غيرها ، فليست منحصرة في بقاء الضمان .

نعم المشهور هو ذلك ، فلتكن هذه دليلاً على القول بعدم البقاء ، وأن العبرة بيوم الرد .

قوله ﷺ : **الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات** ... إلى آخره .

فيكون للصحة قسط من الثمن ، والذي يظهر من الشيخ ﷺ في محله أن وصف الصحة كسائر الأوصاف واسطة في الثبوت لزيادة الموصوف ، وإنما الثمن أو البدل يكون في مقابل العين ، فتأمل .

قوله ﷺ : **نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة** ... إلى

آخره.

وهو أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفة ، وأن المراد من القيمة هو قيمة يوم المخالفة ، وفي التوهين ما لا يخفى .

أما أولاً : فلان دفع توهم أمثال صاحب البغل من العوام لا يصح بإيقاعه بجهل الآخر ، فإن دفع توهمه ، والتسامح في بيان أن القيمة في أي يوم ، إخراج له من ظلمة إلى أخرى .

وثانياً : إن المخاطب ليس هو صاحب البغل الذي هو من العوام ، وليس له هذا الوهم ، حتى يتصدى الامام عليه السلام لدفعه ، بل طالب لمعرفة تكليفه وخروجه من العهدة التي أُبتلي بها . على أن بيان الحقيقة كاف لدفع الوهم ، فلا معنى للاقتصار على الدفع خاصة .

وثالثاً : إنه كما تقدم أن الظاهر من الصحيحة أن المراد من القيمة هو قيمة يوم المخالفة ، ولا يجوز رفع اليد عن هذا الظهور إلا مع العلم بعدم اختلاف قيمة البغل إلى خمسة عشر يوماً ، وأن ليس المقصود هو يوم المخالفة .

وأما مجرد احتمال عدم الاختلاف ، واحتمال أن ليس المقصود هو يوم المخالفة ، لا يرفع الظهور ، بل لو علم بعدم الاختلاف ، ولكن لم يعلم أن التعبير بيوم المخالفة لا لبيان الواقع ، فذلك لا يرفع الظهور ؛ ضرورة أن اتحاد الزمانين بالقيمة لا ينافي تعيين احد الزمانين ؛ لأنه هو الحكم واقعاً ، حتى لو علم أن المقصود دفع توهم المكاري ، فإن دفعه لا ينافي بيان الحقيقة ، ويكون بها دفعه ، بل هو اللازم ، كما تقدم .

والحاصل أن الرواية لم يكن فيها دلالة على اتحاد القيمة في جميع هذه الأزمنة ، فعلى الإمام أن يبيّن الحكم حتى على تقدير الاختلاف ولو كان نادراً ، فلو قلنا بأن العلم باتحاد القيمة ينافي هذا الظهور المستفاد ـ وهو الاحتراز ـ لا

يقتضي ذلك أن لا يكون التقييد بيوم المخالفة في المقام للاحتراز ، مع فرض عدم العلم بالاتحاد في المقام ، ومجرد غلبة ذلك لا يقتضي صحة اعتماد الامام عليه السلام في رفع ظهور كلامه ، على أن سؤال أبي ولاّد أخيراً كان سؤالاً فرضياً ، لا عن أمر حادث له في خصوص هذه الواقعة ، كما هو صريح الرواية ، إذ الفرض أنه أرجعه إليه سلماً ، وكأنه يريد معرفة حكم أطراف المسألة خوف الابتلاء ، أو لمجرد معرفة الحكم ، فلا يناسبه الجواب عن خصوص هذه الواقعة الشخصية ، فكون[1] أن في الواقعة الشخصية كان الفرق بين زمان الغصب والرد خمسة عشر يوماً التي لا تختلف فيها القيمة ، لا يوجب ذلك تقييد إطلاق الجواب .

قوله ﷺ : **فإن العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة ... إلى آخره .**

هذا هو الأمر الثاني الذي يحتاج إلى التوجيه في الحديث الشريف .

وحاصله : أن المدار في كون أحد المتداعيين منكراً ، وأن القول قوله باليمين ، هو أن يكون قوله موافقاً للأصل ، وقول الآخر مخالفاً له ، أو أن المنكر لو ترك لتُرِك ، بخلافه المدعي .

وإذا كان المدار في القيمة على يوم المخالفة لكان بمقتضى القاعدة صاحب البغل هو المدعي لا الغاصب ؛ لأن الأصل في خلافه ؛ لأنه يدعي الزيادة ، والأصل عدمها ، وأيضاً الغاصب لو تُرِك لترك ، فيكون هو المنكر ، فكيف جعل الإمام عليه السلام القول قول صاحب البغل ؟!

وقد جعل المصنف هذا المعنى صارفاً عن دلالة الرواية ، على أن الاعتبار بقيمة يوم المخالفة .

أقول : وعلى كل حال ان الغاصب يكون منكراً ، سواء كان الاعتبار بيوم المخالفة أو بيوم آخر ؛ لأن التداعي إنما يكون بينهما إذا ادعى صاحب البغل الزيادة

---

(١) كذا .

على ما يدعيه الغاصب ، وكون أن ذكر يوم المخالفة لدفع توهم صاحب البغل ـ أن العبرة بقيمة ما اشترىٰ به البغل ، كما جعل المصنف هذا الاشكال تأييداً له ـ لا يجعل المدعي منكراً والمنكر مدعياً .

والوجه في الجواب : ما أشار إليه المصنف ﷺ فيما سيأتي من أن المالك أعرف بقيمة بغله ، فالحلف من حقه ابتداءاً .

في عقد الصبي

قوله ﷺ : مسألة : المشهور ـ كما عن الدروس والكفاية ـ بطلان عقد الصبي... إلى آخره .

لا يخفى أن ما تقدم من الكلام في العقد الفاسد ، كالمقدمة لهذه المباحث الآتية في شرائط المتعاقدين والعوضين ، وغير ذلك ؛ لأنه بتخلفها يفسد العقد .

ثم إن الكلام في تصرفات الصبي يقع على مراتب أربعة :

الأولى : الكلام في تصرفه في ماله استقلالاً بدون اذن وليه أو وكالته له .

الثانية : في تصرفاته في ماله بوكالة الولي أو إذنه له .

الثالثة : في تصرفاته بمال الغير باذنه ووكالته .

الرابعة : في تصرفاته كذلك مع اذن الولي له .

وللكلام في هذه المراتب ينبغي البحث عن الحجر على الصبي من أي أنواع الحجر ، هل هو من قبيل الحجر على الراهن في التصرف بما رهنه ، أو من قبيل الحجر على المفلس ، أو من قبيل الحجر على السفيه او المجنون ؟

لا مجال للأول والثاني ؛ لأن الحجر في الرهن ومال المفلس لمكان تعلق حق الغير بالعين ، والمفروض أنه لم يتعلق حق للغير في مال الصبي ، وإن كان الفرق بين حجر الرهن والتفليس : أن الثاني لا يكون إلا بحكم الحاكم الشرعي ، بخلاف

الرهن .

فالأمر في الحجر على الصبي مردد بين أن يكون من قبيل الحجر على السفيه أو المجنون ، والفرق بينهما : أن المجنون مسلوب العبارة والقصد بتاتاً وزانه وزان البهائم ، فلا أثر لعقده أصلاً ، بخلاف السفيه ؛ فان المنع عنه لا لمكان سلب عبارته ، بل إنما يحجر عليه لرعاية مصلحته ، ولهذا يُمضى عقده اذا كان منضماً إليه وليه دون المجنون ، فإنه لا عقد له أصلاً .

فإن كان الصبي من قبيل السفيه ، إنما يمنع عن تصرفه لمكان رعاية مصلحته؛ لعدم معرفته بمنافعه ومضارّه ، فمع إذن الولي أو وكالته له يمضى عقده ، ويكون صحيحاً .

وإن كان من قبيل المجنون فلا يصحح عقده في ماله وكالة عن وليه ، أو إذنه له ، ولا وكالة الغير ، أو إذنه في مال الغير .

وقد يستدل للثاني بقوله تعالى : ﴿ **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإنْ آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم** ﴾[1] ، فان المخاطب به هم أولياء اليتامى .

وظاهر الآية الشريفة إعطاء الأولياء تمام التصرف في أموال اليتامى ، وأنه لا تصرف للصبي قبل البلوغ والرشد ، فإن لازم أمره تعالى لهم بالدفع أنهم كانوا قبل الدفع لهم التصرف التام في مال اليتيم ، فيشمل بإطلاقها صورتي تصرف الصبي باستقلاله وتصرفه منضماً الى الولي ، فتدل على سلب عبارة الصبي بالنسبة إلى أمواله قبل البلوغ .

وقد يقال : إن ظاهر الآية تحديد اختبارهم بالرشد بأن يكون قوله تعالى ﴿ **فإن آنستم** ﴾ جواباً للطلب ، فلو كان الصبي رشيداً قبل البلوغ يجوز أن يدفع

---

(١) النساء : ٦.

إليه ماله ، فتدل الآية على جواز تصرف الصبي المميز .

وقيل : إن ذلك مقتضى القواعد العربية ، وفيه ان قوله تعالى : ﴿ **فإن آنستم** ﴾ جواب لقوله تعالى : ﴿ **حتى إذا بلغوا** ﴾ ، ويكون ما بعد حتى غاية للاختبار .

فتدل على أن وجوب الدفع مشروط بالبلوغ والرشد معاً ، كما عليه المشهور في فهم هذا المعنى ، والا لما كان موقع لقوله تعالى : ﴿ **حتى إذا بلغوا النكاح** ﴾ .

ومن هذا يظهر حكم المراتب الأُخر ، فإن الصبي إذا كان بالنسبة إلى ماله مسلوب العبارة ، فكيف يصح تصرفه بالنسبة الى مال غيره بالوكالة ؟! فان وكالته عن غيره لا تصحح عبارته ، ولا تمضي عقده ، بعد أن كان بذاته ليس له القابلية للعقد والنقل الحقيقي ، لقصور عبارته خصوصاً ، ومن شروط الوكالة ـ كما ذكروا في عقد الوكالة ـ بلوغ الوكيل ، فتأمل .

قوله ﷺ : **وإذنه في الدخول ... إلى آخره .**

المراد أنه يأذن للغير بدخول الدار ، فيكون إضافة الإذن إلى الضمير من إضافة المصدر إلى فاعله ، وهذا هو المتعارف عند بعض الناس من وضع أطفالهم على باب الدار لترخيص الزائرين على الدخول .

قوله ﷺ : **واستثناء إيصال الهدية ... إلى آخره .**

المقصود من تصرفات الصبي المبحوث عنها ، تارة يكون خصوص أقواله وإنشاءاته من غير أن يكون شاملاً لأفعاله ، وأخرى ما يشمل أفعاله ، فالمصنف أراد أن يستظهر من عبارة التذكرة : أن البحث شامل للأقوال والأفعال ، بقرينة إيصال الهدية ، وإذنه في الدخول .

بيان ذلك : أن المقصود من تصرفاته التي تقع تحت البحث هي التصرفات

التي يترقب منها ترتب آثارها عليها من حيث كونها أفعاله أو أقواله ، والمتيقن من محل الكلام هو التصرفات القولية[1] .

وأما أفعاله التي لا يترقب منها ترتب آثار عليها من حيث كونها أفعاله وصادرة عنه باختياره ، فإنْ دخلت تحت البحث والنزاع ، فدخول تصرفاته الفعلية التي يذهب منها ترتب آثارها عليها من حيث إنها أفعاله الاختيارية يكون بالطريق الأولى ، والنزاع فيها أظهر .

ومن المعلوم أن إيصاله الهدية وإذنه في الدخول ليس من الأفعال التي يترقب منها ترتب آثارها من حيث أنها أفعاله القصدية ؛ لأن المجوز لتصرف من وصلت إليه الهدية علمه بأن مالكها أهداها له ، وملكها له ، ويكون الصبي صرف آلة كالحيوان لحمل الملك ، لا أنه بإيصاله يكون التمليك .

وكذلك إذن الصبي في الدخول كاشف عن رضا أهل الدار ، فالمسوّغ للدخول هو المكشوف لا الكاشف ، وهو إذن الصبي .

وحيث كان الإيصال والإذن ليسا من التصرفات القولية والفعلية ـ ومع ذلك استثناها من التصرفات ـ يعلم أن المراد من التصرفات في كلامه ما يشمل مثل هذه الأفعال التي لا يترقب منها التأثير من حيث هي أفعاله ، وإذا شملت التصرفات ذلك بالطريق الأولى شمولها لأفعاله التي يترقب منها التأثير من حيث هي أفعاله ، وهذا هو المراد من الفحوى في كلام المصنف ﷺ .

قوله ﷺ : **ففيه أولاً : إن الظاهر ... إلى آخره** .

لا يخفى إنما تقدر المؤاخذة ، كما في حديث : «رفع عن أمتي ...»[2] ـ على القول بذلك ـ حيث لم يذكر متعلق الرفع ، مما هو قابل للرفع ، والمفروض أن

---

(١) كتب فوق كلمة (القولية) هذه الجملة : الشك في الفعلية .

(٢) الوسائل ١٥ : ٣٦٩ ، حديث ١ من الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس (مصدر مذكور) .

المرفوع هو القلم ، فدعوى ظهوره في رقع قلم المؤاخذة بلا بينة ، وإنما تستعمل هذه الجملة غالباً كناية عن عدم التكليف ، ومع التنزل فلا تبعد دعوى ظهورها في رفع قلم الأحكام .

قوله ﷺ : وثانياً : إن المشهور على الألسنة ، أن الأحكام الوضعية ... إلى آخره .

حاصله أنه على تقدير تسليم أن المرفوع هو قلم الأحكام ، فالعموم مخصوص بغير الأحكام الوضعية ، فإنها ـ كما هو المشهور ـ غير مختصة بالبالغين ، كضمان التالف ، وغير ذلك كوجوب غسله عن الجنابة بعد البلوغ ، وحرمة تمكينه من مس المصحف ، فلا مانع إذن من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء به ، إما عليه بعد البلوغ ، أو على الولي إذا كان بإذنه ، أو بإجازته ، فيكون كسائر الأحكام الوضعية الخارجة عن العموم .

ولكن غير خفي على اللبيب أن ظاهر رفع القلم عن الصبي ، والمجنون ، والنائم في الأفعال التي لولا كونه صبياً أو مجنوناً أو نائماً كان مكلفاً بها ، فرفعها لمكان نومه أو جنونه ، أو صباه ، وهي عبارة عن الأفعال القصدية منه التي من شأنها أن تكون قصدية ، ويترتب عليها الأحكام لمكان كونها قصدية .

وأما الأفعال الغير القصدية التي يترتب عليها الحكم ؛ لمكان صرف وجودها ، لا لمكان كونها قصدية ، كالاتلاف والجنابة التي يترتب عليها الحدث وسائر الأحكام الوضعية ، فهي غير مشمولة للدليل أصلاً حتى انها خارجة ، وهذا بخلاف مثل العقد الذي هو فعل قصدي ؛ لا يترتب عليه أثره إلا بالقصد ، فكما أن النائم أو المجنون لا أثر لعقده ، فكذلك الصبي .

والتفرقة بان الصبي يمكن أن يتأتى منه القصد بخلاف أخويه ، لا تجدي بعد أن كان الدليل فيها بمساق واحد ، فيدل على أن الصبي كالنائم والمجنون في مسلوبية

العبارة والقصد .

قوله ﷺ : **وثالثاً : لو سلمنا اختصاص ... إلى آخره .**

ولكن الصبي إذا كان في حال صباه لا أثر لعقده ، كيف يعقل أن يؤثر بعد البلوغ ، وليس ذلك مثل الجنابة التي يبقى أثرها ، ولا يزول إلا بالغسل .

قوله ﷺ : **لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم ... إلى آخره .**

الالتزام بأن المرفوع هو المؤاخذة ، وتعميمها للأخروية والدنيوية بلا ملزم، بل كما سمعت أن هذا التعبير كناية عن عدم التكليف .

[في اشتراط القصد]

قوله ﷺ : مسألة : ومن جملة شرائط المتعاقدين ... إلى آخره .

القصد له مراتب ثلاثة في مقام إطلاقه :

الأولى : إطلاقه على قصد اللفظ وإرادة إيجاده بـاختياره ، ويـقابل ذلك الغالط والنائم ، فإن صدور اللفظ عنهما بلا قصد وإرادة ، وهذا لا إشكال باعتباره في صحة العقد ، بل في وقوعه ، فغير القاصد للفظ ليس بعاقد حقيقة .

الثانية : إطلاقه على قصد المعنى من اللفظ ، ويقابله الهازل ، وقاصد غير مدلول اللفظ ، ولا يقابله الكاذب ؛ وذلك لأن الإنشاء والإخبار يشـتركان في جهة، وهي إيجاد المعنى باللفظ وإنشاؤه ، ويزيد الإخبار بـقصد الحكـاية عـن الواقع، فإن طابق مدلول الذي أوجده باللفظ الواقع ، فهو صدق ، وإلا فكذب، فالكذب إنما هو في هذه المرحلة التي ليست للإنشاء .

وباعتبار المرحلة المتقدمة ينقسم كل مـن الإنشـاء والإخـبار إلى الجـد والهزل، فكون المتكلم غير قاصد لمدلول اللفظ ، سواء كان في الإخبار او الإنشاء لا يسمّىٰ كاذباً ، وإنما يسمى هازلاً أو قاصداً لغير مدلول اللفظ الظاهر منه .

فيعلم من هذا : أن قول المصنف ﷺ : ـ فهو شبيه الكذب في الإخبار ـ في غير محله ، بل إنما هو شبيه الهزل في الإخبار .

والحاصل أن القصد بهذا أيضاً معتبر في العقد ، فلا يكون العاقد عاقداً بدون قصد مدلول اللفظ المراد إيجاده ؛ لقوام الإنشاء بهذا القصد ، وهو قصد إيجاد المعنى جداً ، وإلا لو قصد معنى آخر فقد أنشأ ذلك المعنى ، وان كان في إنشائه بذلك مع كون اللفظ غير موضوع له أو غير ظاهر فيه محل تأمل ، تقدم الكلام فيه حتى مع نصب القرينة .

نعم فيما لا يشترط فيه عبارة خاصة يكفي في إنشاء كل ما يدل عليه ، وقد أشبعنا الكلام فيه في أول شرائط العقود .

الثالثة : إطلاقه على الرضا بما قصد إيجاده باللفظ ، ويقابله المكره ، فالمكره يكون فاقداً للقصد بهذا المعنى ، ولكن هذا المعنى من القصد زائد على ما يتحقق[1] مفهوم العقد ، فإن الإنشاء ليس هو إلا إيجاد المعنى باللفظ ، وتحقق ذلك لا يتوقف على أكثر من قصد المدلول من اللفظ ، أما الرضا بذلك فهو أمر زائد على تحققه ، فكون العاقد عاقداً لا يتوقف على أن يكون راضياً قلباً بما أوجده ، وذلك كسائر الأفعال الاختيارية الصادرة عن المريد بالاختيار والإرادة ، فإن عدم تحقق الرضا منه بفعله لا يخرجه عن كونه فاعلاً بالاختيار ، وموجداً لفعله ، فلا بد أن يكون اعتبار هذا القصد بهذا المعنى بدليل آخر خارج ، لا من حيث عدم تحقق العقد به ، كما سيأتي إنْ شاء الله .

قوله ﷺ : **بعض المحققين ... إلى آخره .**

هو صاحب المقابيس .

قوله ﷺ : **أقول مقتضى المعاوضة ... إلى آخره .**

كلامه ﷺ هذا ناظر إلى كلام صاحب المقابيس أخيراً ، وهو في فرض عدم توقف تعين المالك على التعيين حال العقد .

---

(١) كذا .

وتوضيح المقام : أن العقود على أنحاء ، فمثل عقد النكاح يكون الركن فيه الذي يقوم به القصد هو الطرفان ، أعني : الزوج والزوجة ، وهذا لا بد من تعيين الطرفين أصالة أو وكالة .

وأما مثل عقود المعاوضة ، فالركن فيها هو نفس المالين ، مثل البيع ، فإنه ليس المقصود إلا مبادلة مال بمال ، ووضع كل من المالين في مكان الآخر ، وليس المقصود منه هو تبديل تمليك بتمليك ؛ إذ الملكية هي عبارة عن إضافة المال إلى مالكه ، والسلطنة على المال ، وليس الإضافة تقبل إضافة أخرى ، حتى تبدل إضافة بإضافة ، فإن التبديل ليس هو إلا إضافة المبدل إلى من عنده البدل ، وكذا ليس للسلطنة سلطنة ، حتى تبدل سلطنة بسلطنة ، فإن التبديل كذلك عبارة عن تسليط ذي البدل على المبدل ، فلا يعقل أن يقع التمليك أو الملكية طرفاً للمبادلة ، فليس المعاوضة في البيع إلا على نفس المال كسائر عقود المعاوضة .

وبهذا يتضح أن الركن في عقد البيع هو المالان ، فلا بد من تعيينهما ، أما الطرفان فليس لهما دخالة في تحقق المعاوضة التي هي حقيقة البيع ، فإن كان المالان شخصيين فلا مقتضي لتعيين المالك في تحقق حقيقة البيع ، وإنما يكون البيع وضع كل من المالين في مكان الآخر ، سواء كان الواضع هو المالك أو غيره .

وأما إن كان المالان كليين ، أو كان أحدهما كلياً ، كالبيع في الذمة ، فإنه لما كان تحقق المالية للكلي إنما هي بإضافته إلى ذمة خاصة ـ وإلا فلا يكون مالاً أصلاً ـ فلا بد من تعيين ذمة خاصة ليتحقق ركن العقد ، وهو المال ، لكن لا من اجل أن المالك ركن للعقد ، بل إنما هو لأجل أن تعيينه له الدخالة في تحقق ما هو ركن ، فهنا ثلاث صور :

أحدها : أن يعين ذمة خاصة ، إما ذمة نفسه ، أو ذمة شخص آخر معين ، وهذا لا إشكال بتحقق العقد به ، فان كان وكيلاً عن الغير وقع جائزاً ، وإن لم يكن

وكيلاً توقف على الإجازة ، ويكون من العقد الفضولي .

وثانيها : أن يطلق ولا يعيّن ذمة ، وحينئذ ينصرف إلى نفسه ، ولا يحتاج إلى التعيين حينئذ ؛ لأن الإطلاق هو كاف في التعيين ، فيتحقق العقد بلا إشكال، ويصح من هذه الجهة .

وثالثها : أن يبيع بما في ذمة الغير ، بلا تعيين للغير ، وهذا لا إشكال ببطلانه ؛ ضرورة أن ركن البيع هو المال ، والكلي في ذمةٍ غير معينة ليس بمال ؛ لأن الكلي في حد ذاته ليس بمال ، وإنما يتمول بوجوده الخارجي ، أو بما هو في حكم وجوده الخارجي ، وهو تعلقه في الذمة الخاصة ، فان تعلقه في الذمة نوع من التخصص والوجود له ، بخلاف ما لو لم تتعين الذمة ، فإنه مع إهمال الذمة وكليتها لا يخرج الكلي عن كونه كلياً ، فانه يكون من قبيل تخصص الكلي بالكلي ، والكلي من حيث هو ليس بمال ، فلا يعقل أن يصح مثل هذا البيع ، ولا يصححه بعد ذلك تعيين الذمة ، فإنه بعد أن كان لا يوجد بالإنشاء ، كيف يتخصص بعد ذلك بذمة خاصة بالتعيين مع كون التعيين المتأخر ليس بإنشاء آخر للبيع ؟! .

قوله ﷺ : غير معهود ... إلى آخره .

بل غير معقول ؛ لاستحالة وجود المردد بما هو مردد في أي نحو من الوجود ، كما لا يعقل تعلق الملكية أو العتق ، أو غير ذلك من الأمور الاعتبارية ؛ إذ لا يعقل اعتبار ما لا تعين له بنحو من أنحاء التعين .

وأما مسألة عتق أحد العبدين أو طلاق إحدى الزوجتين ، فلا بد لها من التخريج بعد قيام الدليل عليها ، ليس هذا محل ذكره ، فتدبر .

قوله ﷺ : لم لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته ... إلى آخره .

لا يخفى عليك أن القرينة إنما هي لتفهيم المخاطب ، ونفعها بالنسبة إلى غير المتكلم ، حيث يحمل كلامه على مقتضىٰ القرينة ، أما المتكلم نفسه فهو أعرف

بمراده. والكلام هنا في البطلان ثبوتاً لا إثباتاً، وان هذا العقد الذي يصدر من المتكلم ببيع مال نفسه عن غيره، هو هل في الواقع صحيح أم باطل ؟ حيث يريد المعاوضة الحقيقية أو لا يريدها، وأما أن ظاهر كلامه، هل هو المعاوضة الحقيقية أو غيرها بقرينة القيد ؟ فهو أجنبي عن المقام.

ولكن يجاب عنه: بأنه ليس المراد من ذكر القرينة هنا من جهة دخلها في ظهور الكلام، واستكشاف مراد المتكلم، بل من جهة دخلها في الانشاء، فإن العقود أمور بسيطة تنشأ باللفظ الموضوع لها، أو باللفظ المجازي بانضمام القرينة، ولهذا قلنا فيما سبق: إنه لا يصح إنشاء العقد باللفظ المجازي أو المشترك.

فالغرض هنا إبداء احتمال أن المقصود في مثل قوله: «بعتك مال نفسي عن غيري» ليس هو المبادلة الحقيقية، فيكون المنشأ معنى مجازياً للبيع، وتكون القرينة ـ وهي قيد «عن غيري» ـ تتمة للإنشاء، فلا يكون العقد صحيحاً لمكان المجازية، وليس الغرض استكشاف مراد المتكلم، وإلا لو كان كذلك، فَلِم كان استكشاف أن ليس مراد المنشأ المبادلة الحقيقية مستلزماً للبطلان ؟!

ولعل مراده مثلاً هو الهبة أو غير ذلك من العقود الغير المعاوضية، بخلاف ما لو قلنا: إن هذا الكلام انشاء لعقد مجازي، فيكون باطلاً لذلك.

قوله ﷺ: **أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع** ... إلى آخره.

قد يقال: إنه إذا كان ينزل البائع غيره منزلة نفسه في المالكية، فكان يقتضي صدق المعاوضة الحقيقية، كما في الفضولي، وما الفرق بين التنزيل في الفضولي، فتتحقق به المعاوضة الحقيقية، وبين التنزيل هنا، فيكون ناقضاً للمعاوضة الحقيقية ؟!

قلنا: إن الفرق واضح، فإن الفضولي لما لم يكن مالكاً وهو المنشأ، فبدون

التنزيل لم يتحقق المعاوضة الحقيقية ؛ لأنه تملكه للبدل ، مع ان المبدل لم يكن مالكاً له ، لم تتحقق به المعاوضة الحقيقية ، اذ لم يكن احد البدلين في موضوع الآخر ، واما اذا نزل نفسه منزلة المالك فيكون في المبدل مدعياً ، ومنزّلاً نفسه منزلة المالك ، وأما في نفس المبادلة والمعاوضة فلم يكن ادعاء ، وهذا يكون نظير المجاز الإسنادي على رأي السكاكي ، فإنه في الإسناد لم يكن مجاز ، وأن الادعاء في طرف الإسناد .

وهذا بخلاف المالك ، فإنه على عكس الفضولي ، فإن المفروض أنه مالك للمبدل ، فإذا باعه عن نفسه تحصل المعاوضة حقيقة ، إذ لا ادعاء لا في المبادلة ، ولا في طرفها ، وأما إذا باعه عن غيره بتنزيله منزلة نفسه ، فيكون نظير الفضولي لو باع مال غيره بدون التنزيل ، من عدم تحقق المعاوضة الحقيقية ؛ لأنه لم يضع البدل في محل المبدل ؛ لأن المفروض أن المبدل لغيره بحسب التنزيل وهو البائع.

فاتضح أن التنزيل في الفضولي محقق للمعاوضة الحقيقية بعد أن لم تكن ، والتنزيل في المقام مبطل لها بعد أن كانت .

وحينئذ يحكم ببطلان هذه المعاملة ؛ لعدم قصد المعاوضة الحقيقية ، ولا يصححها إجازة الغير ، كما في الفضولي ، ضرورة أنه لم يكن مالكاً ، فأي معنى لإجازته .

قوله ﷺ : **الأقوى هو الأول عملاً بظاهر الكلام ... إلى آخره .**

ليس المقصود من كون الشخص موجباً أو قابلاً ، إلا أنه هو الملتزم بالعقد ، والمنشئ له الموجد لمضمونه ، ولذا إن الموكل لا يكون ملتزماً بالعقد ، فلا يرجع عليه الطرف الآخر ، وإنما يرجع على من عقد معه المعاملة ، فليس من الموكل التزام أصلاً في ما وكل به الذي يعقده الوكيل .

نعم هو ملتزم للوكيل بعقد الوكالة ، فيرجع اليه نفس الوكيل ، لا أنه ملتزم

للطرف الآخر ، فالموجب في البيع حقيقة إنما هو البائع المنشئ للبيع ، والقابل هو المشتري المنشئ للقبول ، سواء كانا أصيلين أم وكيلين أم فضوليين ، فالبائع إنما يخاطب المشتري حيث كان هو الملتزم بالعقد ، وكذلك المشتري إنما يخاطب البائع حيث إنه هو العاقد الملتزم ، فلا وجه للقول : بأن المراد من الضمير في قوله : « بعتك » هو الأعم من كونه مالكاً حقيقياً أو جعلياً ، بل الضمير في كلا المقامين بمفاد واحد ، وهو الملتزم بالعقد ، والاحتياج إلى الملكية الجعلية والتنزيل إنما هو لتصحيح المعاوضة الحقيقية ، ولتصحيح كونه عاقداً وملتزماً ، وبهذا التنزيل يكون عاقداً حقيقة ، لا أنه منزل منزلة العاقد .

وعلى هذا ، فإذا كان المقصود من المعاملة مجرد المعاوضة بين المالية بين شيئين لتحصيل النفع المالي بلا غرض آخر ، وتعيين من يلتزم بالمعاملة لتحصيل هذا الغرض ، فلا حاجة إلى تعيين المالك لأحد الطرفين إلى الآخر ؛ إذ لا غرض للمعامِل في تعيين من هو المالك ، بل الذي يهمه هو النفع المالي وتعيين من هو الملتزم ، فلا يعتبر تعيين المالك للطرف الآخر .

نعم لا بد من تعيين الملتزم الذي هو الموجب أو القابل في هذه المعاملة ، وبهذا تظهر المسامحة في عنوان المسألة الذي عنونه المصنف وهو قوله : « وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري ، والقابل لخصوص البائع » فإنه لا إشكال باعتبار تعيين من هو الموجب والقابل اللذان هما عبارة عن الملتزمين بالعقد ، بل كان حق العبارة أن يقال : « وأما تغيين مالك المبيع للمشتري ، ومالك الثمن للبائع» .

والحق عدم اعتباره في البيع ، لا في الإجارة وأمثالها . وأما إذا كان المقصود من المعاملة هو تعيين نفس الشخص الذي ترجع له المعاملة حقيقة ، لا مطلق كونه ملتزماً وعاقداً ، كما في الهبة والوكالة والوصية والوقف الخاص ، وأمثال ذلك ، فإن

الواهب ليس غرضه صرف هبة ماله الى اخر أيٍّ كان ، بل إنما يهب ماله لعود النفع إلى الموهوب ، أو لغرض من الأغراض يتعلق بشخص معين ، وكذا الموكل ليس غرضه صرف التوكيل لأيّ كان .

والواقف ليس غرضه صرف الوقف ، والوصي صرف الوصية ، بل الغرض توكيل شخص معين يعتمد عليه ، ووقف المال على معين يريد نفعه لغرض ، ووصية من يحفظ له ماله ، وهكذا ...

فحينئذ لا بد من تعيين ذلك الشخص ، فلا يكفي تعيين نفس القابل ، سواء كان عن نفسه أم عن غيره ، بل لا بد من معرفة ذلك .

فتحصل أنه في البيع والإجارة ، بل في جميع عقود المعاوضة إنما يلزم تعيين الملتزم بالعقد ، والموجب والقابل ، أما المالك ، والذي ترجع إليه المبادلة حقيقة فلا .

وأما في باقي العقود فلا يلزم تعيين من يرجع إليه العقد حقيقة ، وأما مثل عقد النكاح فأمره واضح لما تقدم من ان قوام عقد النكاح ، بالطرفين اللذين هما الزوج والزوجة .

ويمكن أن يقال : إنه في العقود غير عقود المعاوضة ما عدا عقد النكاح ، إنما يلزم تعيين القابل دون الموجب خصوصاً ، مثل : الهبة ، والوقف الخاص ، وأمثال ذلك ؛ إذ لا غرض للقابل في تعيين من هو المالك للموهوب والموقوف ، فلاحظ وتدبر .

وبهذا التقرير يتضح ما في كلام الشيخ ﷺ .

قوله ﷺ : **ولا ينافي ذلك عدم سماع ... إلى آخره .**

وجه عدم المنافاة أنه وإن كان المطلق الذي يراد منه أحد أفراده في الواقع ، دعوى أحد أفراده لا تكون كسائر الدعاوى تحتاج إلى البينة ، حيث إن المطلق

على إطلاقه لم يكن مراداً قطعاً ، وأصالة عدم إرادة هذا الفرد معارضة بأصالة عدم إرادة الفرد الآخر ، أو أن هذا لا يعرف إلا من قبله ، فلا بد من سماع قوله ، إلا أن ذلك إذا لم يكن ظاهراً في أحد أفراده بحيث يحتاج إرادة غيره إلى القرينة ، وإلا فالفرد المحتاج إلى القرينة ينفى بالأصل ، دون الفرد الذي يكون المطلق ظاهراً فيه ، فلا يعارض هذا الأصل أصالة عدم هذا الفرد ؛ لعدم جريانها ، لمكان ظهور المطلق ، إذ يكون هو كالقدر المتيقن في الإرادة ولا يرفع اليد عنه إلا لصارف ، كما أنه مما لا يعرف إلا من قبله ، بل يعرف من ظهور الكلام ، وهنا لا إشكال أن الموجب أو القابل ظاهر في كونه أصيلاً ، وإن كان المخاطب أعم من ذلك .

ولكن الإنصاف أنه إذا علم أن المخاطِب (بالكسر) إنما خاطبه بما هو أعم من كونه أصيلاً ، والفرض عدم الحاجة إلى التعيين ، فلا يعتد بهذا الظهور .

وكيف يكون هذا الظهور حجة للمخاطِب على المخاطَب (بالفتح) ، مع كون المخاطِب لم يقصده بالخطاب بما أنه أصيل ، بل بما هو أعم من ذلك ، فلا بد أن يكون المخاطَب هو المرجع في تعيين كونه وكيلاً أو أصيلاً ، فلا يعلم ذلك إلا من قبله ، فلابد أن يكون القول قوله ، مع أنه مسلم أنه لا يسمع منه ذلك بمجرد دعواه ، وهذا بخلاف ما ذكرناه سابقاً ، وأوضحناه من أن الموجب أو القابل هو الملتزم بالعقد ، لا من جهة قصد المخاطب على سبيل الإطلاق ، بل إنما المقصود شخص المخاطَب على أي حال ، وأنه هو الملتزم بالعقد لا غيره .

أما أنه أصيل أو وكيل فذلك راجع إليه ، ولا يتعلق بالمخاطِب أصلاً ، وكونه ملتزماً عن غيره هذا امر يحتاج إلى مؤنة زائدة ، بخلاف كونه ملتزماً عن نفسه ، فإنه بنفس كونه ملتزماً هو ملتزم عن نفسه لا يحتاج إلى بيان ، كما تقدم في مسألة بيع الكلي في الذمة ، فإن ذمة نفسه لا تحتاج إلى التعيين ، فإنه بنفس كونه موجباً أو قابلاً هو تعيين لنفسه ، فإنه ليس شيء أظهر من استناد فعل الفاعل إلى نفسه إلا

بصارف يصرفه عن نفسه .

فتحصل أن رجوع الالتزام إلى نفسه هو بنفس التزامه ، بخلاف رجوعه إلى غيره ، فلا محالة لو ادعى انه لغيره مع عدم الصارف لا يسمع منه ذلك ، والمفروض أن المخاطِب لم يقصده بما هو أعم ، بل إنما قصده بنفسه ، وأنه هو الملتزم حقيقة ، وهذه هي نقطة الإشكال في حجية ظهور أنه لنفسه ، فمع قصد الأعمية لا يمكن أن يكون للقاصد حجة بخلاف ما قلناه ، فإن المفروض أنه لم يقصده إلا بنفسه، وبما أنه هو الملتزم .

في شرطية الاختيار

قوله ﷺ : **لا الاختيار في مقابل الجبر ... إلى آخره .**

قد تقدم أن للقصد مراتب ثلاثة :

الأولى : قصد اللفظ ، ويقابله النائم والساهي .

والثانية : قصد إيجاد المعنى باللفظ ، ويقابله الهازل وأمثاله .

والثالثة : قصد وقوع المعنى المنشأ المقصود إيجاده باللفظ في الخارج ، بمعنى أن الغرض منه والداعي له هو تحققه في الخارج ، ويقابله المكره ، فإنه لم يكن الداعي له لإنشاء المعنى باللفظ وإيجاده به هو تحققه في الخارج ، بل الداعي له شيء آخر ، كدفع الضرر وغير ذلك ، كما سيأتي ، فإن إيجاد المعنى باللفظ ، تارة يكون لصرف تحقق المنشأ من الخارج ، وأخرى يكون لشيء آخر مع كون قصد إيجاد المنشأ باختياره وإرادته وقصده محفوظاً ، والا فلو كان قصد إيجاده ليس باختياره ، لم يكن ذلك ارادياً له ، بل لم يكن في الحقيقة قاصداً لإيجاد المعنى باللفظ ، وهذا يرجع إلى فقد القصد الذي تقدم البحث فيه في المسألة السابقة ، ولا يدخل في مسألتنا ، فإنه بذلك يخرج عن كون العقد عقداً ؛ لما عرفت من أن قصد إيجاد المعنى مقوّم لعقدية العقد ، وإنما الكلام في مسألتنا يرجع إلى اعتبار قيد زائد بعد تحقق مفهوم العقد ، ولهذا احتيج إلى قيام الأدلة الشرعية على ذلك بخلاف

الأول ، فإنه مجرد عدم تحقق مفهوم العقد كاف في بطلانه بلا حاجة الى دليل شرعي ، وهل فوق عدم وجود الشيء بطلان له حتى يحتاج إلى الدليل ؟!، بل في الحقيقة لا يعقل الإكراه على القصد والرضا بمعنى اجباره عليه ، فإنه أمر نفساني ليس باختيار القاصد حتى يفرض الإجبار عليه ، فلا معنى للإكراه ، إلا أنه يوجد البيع مثلاً لغرض دفع الضرر من الوعيد والتهديد المتعقبين بالمعاقبة ، فيكون الداعي له غير داعي إيجاد المنشأ في الخارج وتحققه .

فتحصل أنه لا يتصور معنى للإكراه غير هذا المعنى ، فلا حاجة للاستدلال عليه بالاستظهار من كلمات القوم واستدلالاتهم في غضون بعض المسائل ، كما صنع المصنف ، كما سيأتي .

قوله ﷺ : وظاهره وإن كان رفع المؤاخذة ... إلى آخره .

قد ذكرنا في الأصول[1] : أن الرفع تارة يراد منه الرفع التكويني ، وأخرى الرفع التشريعي ، وإنما يحتاج إلى تقدير رفع المؤاخذة حيث يراد الرفع التكويني ؛ إذْ لا يعقل رفع ما اضطروا ، وما لا يعلمون ، وأمثال ذلك تكويناً من الشارع بما أنه مشرع ، فلذلك بدلالة الاقتضاء نلتزم بأن المرفوع هو شيء آخر لا بد من تقديره ، وهي جميع الآثار ، أو خصوص المؤاخذة .

وقد استظهر شيخنا العلامة المصنف في رسائله وفي مواضع متعددة من هذا الكتاب أن المرفوع هو المؤاخذة ، ولكن حمل الرفع على الرفع التكويني بلا ملزم ، مع أنه إنما يرفعها ـ هذه الأمور ـ بما أنه مشرع ، فحمل الرفع على الرفع التشريعي هو الأنسب إن لم يكن هو المتعين ، ومعه يكون المرفوع هو نفس هذه المذكورات في الحديث ؛ إذ لا شبهة في صحة رفعها تشريعاً ، فلا حاجة إلى تقدير : لسقوط دلالة الاقتضاء كما هو واضح ، ومع إرادة رفع أنفسها لا بد أن يكون باعتبار رفع

---

(١) الظاهر أن ذلك في كتابات وأبحاثٍ له ﷺ لا زالت مخطوطة .

جميع آثارها، أو آثارها الظاهرة. وقد ذكرناه مفصلاً في الأصول.

ومن الغريب ان الشيخ ﷺ فر من تقدير جميع الآثار، وادّعىٰ ظهورها في رفع المؤاخذة، ثم حمل المؤاخذة هنا على المعنى الأعم من المؤاخذة الدنيوية والأخروية.

وجه الغرابة: أنه على تقدير دلالة الاقتضاء، فالمراد من تقدير الآثار أو خصوص المؤاخذة ليس هو تقدير لفظها، بل الغرض ان اسناد الرفع اليها يكون مجازياً، والمصحح للمجازية والإسناد هو أن المرفوع حقيقة هو جميع الآثار أو خصوص المؤاخذة، كما في قولهم: « واسأل القرية » فإنه ليس في اللفظ تقدير الأهل، وإنما الاسناد اللفظي حقيقة إلى نفس القرية، ولهذا كان مجازاً في الإسناد، ولكن لما كان نسبة السؤال إلى القرية لا يصح، فبدلالة الاقتضاء يدل أن المسند إليه واقعاً هو الأهل، وإلا لو كان المقدر هو الأهل في اللفظ لما كان الإسناد مجازياً، بل كان حقيقياً كسائر الكلام، والتقدير لا يقتضي المجازية، لما ذكروا من أن المقدر في قوة الموجود.

وإذا كان الرفع ظاهراً في رفع المؤاخذة لا بد أن لا يراد رفع لفظ المؤاخذة، حتى أنه تارة يقال: إن المراد منها المؤاخذة الأخروية، وأخرى الأعم، بل لا بد أن يراد مفهوم المؤاخذة مع قطع النظر عن خصوص اللفظ، وهذا أمر واقعي أجنبي عن الاستظهار من اللفظ بتاتاً.

فإن كان الظاهر هو رفع المؤاخذة الأخروية، فلا معنى لتعميمها للدنيوية، وإن كان الظاهر هو المؤاخذة بالمعنى الأعم فهو عبارة أخرى عن جميع الآثار، وهما بمعنى واحد سواء قدرتَ لفظ المؤاخذة بالمعنى الأعم أو ما يؤدي مؤداها، فيكون هذا المفهوم بما هو مع قطع النظر عن خصوصية لفظ هو الظاهر، وهو المرفوع حقيقة وواقعاً، أي كان الإسناد إليه في الواقع أولاً وبالذات، فالقول بأنها

ظاهرة في خصوص المؤاخذة، لا جميع الآثار، ثم تعميم المؤاخذة للدنيوية، هذا تهافت غريب، لا ينبغي أن يصدر من مثل الشيخ ﷺ!

ثم إنه قد يشكل في تعميم الرفع لجميع الآثار حتى الآثار الوضعية في المعاملات، بأن الرفع لهذه الأمور في الحديث على نسق واحد، مع أن البيع والإجارة وأمثالها من المعاملات لو اضطر إليها، لا شبهة بعدم رفعها بالضرورة من الدين، فإنه لا قائل: بأن من اضطر إلى بيع شيء مثلاً لدين أو غيره من سائر الحوائج أن بيعه غير صحيح، وأنه مرفوع لمكان الاضطرار إليه، فلا بد أن يكون رفع هذه بالنظر إلى جميع الآثار حتى الوضعية لاتحاد السياق.

ولكن المتأمل يرى أن هذا الإشكال كسراب بِقيعة؛ ضرورة أن الحديث ظاهر أن رفع هذه الأمور لمكان المنّة والتوسعة على أمة محمد ﷺ، ورفع ما اضطر اليه في المعاملات خلاف المنة، وتضييق على العباد، فلا يعقل شمول مثل ذلك لحديث الرفع، بخلاف ما أُكرهوا عليه في المعاملات، فإن في رفعه تمام المنّة على المكرَه والتوسعة عليه، فتدبر جيداً، فإنه حقيق به.

قوله ﷺ: إلا أن مجرد الاستشهاد ... إلى آخره.

لا يخفى أنه إذا ورد الخبر تقية، وكان فيه تطبيق لكبرى على صغرى ولم يكن في نفس الكبرى تقية؛ لمكان الاتفاق عليها عند الجميع، فكما يمكن أن تكون التقية في نفس الصغرى، ويكون تطبيق الكبرى صحيحاً، كذلك يمكن أن يكون في نفس التطبيق تقية أيضاً، وهنا كما تكون التقية في نفس دعوى أن الحلف بالطلاق صحيحاً، كذلك يمكن أن يكون في التطبيق والاستشهاد أيضاً تقية، فلا دلالة في هذه الرواية على عموم حديث الرفع لجميع الآثار واقعاً.

ولكن يجاب عنه: أنه ليس في الصغرى تقية، وهي فساد الحلف بالطلاق في مقام الإكراه، وإنما التقية في لازم ذلك، حيث إن جواب الإمام ﷺ بفساد هذا

الحلف بالطلاق ؛ لمكان الإكراه ـ مع أنه كان الواجب أن يجيبه بفساد مطلق هذا الحلف بالطلاق ؛ لمكان عدم مشروعيته من أصله في الواقع ـ يدل على التقية في هذا العدول ، فتكون التقية في عدول الامام عن تعليل فساد هذا الحلف بعدم المشروعية من أصله إلى الإكراه .

أما نفس أن المكره مرفوع عنه ما أُكره عليه لمكان الحديث ، فليس فيه تقية من هذه الجهة ، ولا حاجة للإمام حنيئذ لو أراد التقية إلى هذا التطبيق ، إلا أن يكون هناك تقية أخرى في نفس الكبرى ، وهي تعميم الحديث ، ولكنه لم يعلم ذلك وخلاف الفرض ، فإن الفرض أن التقية في دعوى مشروعية الحلف بالطلاق ليس إلا .

فتسرية التقية إلى الاستشهاد تحتاج إلى مؤنة زائدة ، وخلاف الظاهر ، ومن المعلوم أن مقتضى الأصل حمل كلام المتكلم على ظاهره ، إلا مع العلم بالمخالفة أو ما يقوم مقام العلم ، وليس هنا في نفس الاستشهاد ، فلا إشكال في التمسك بهذا الاستشهاد في إثبات التعميم لجميع الآثار في حديث الرفع ، فتدبر .

في الاكراه

قوله ﷺ : ومن هنا يعلم أنه لو أُكره على بيع مال ... إلى آخره .

فإن الإكراه إنما يترتب اثره إذا كان ما أُكره عليه معتبراً في صدوره الرضا بوقوعه في الخارج ، الذي هو عبارة عن حفظ المرتبة الثالثة ، وأما إذا كان الشيء المكرَه عليه قد أسقط الشارع رضاه في نفسه مع قطع النظر عن الإكـراه ، كأداء الدين وأمثاله ، فلا يعقل أن يكون الإكراه رافعاً لأثره ، فإن الإكراه ـ كما تقدم ـ ليس رافعاً إلا للمرتبة الثالثة ، وهي عبارة عن طيب النفس بوقوع الشيء المكرَه عليه في الخارج ، وإذا كان طيب النفس ، قد أسقط الشارع اعتباره في نفسه ، فلا يكون الإكراه رافعاً لشيء معتبر ، حتى يبطل ما أُكره عليه ويرتفع أثره .

فهنا حيث أُكره على بيع ماله ، أو ايفاء مال مستحق لا يكون للإكراه أثر بالنسبة إلى الإيفاء ، فلا يكون للإكراه على القدر المشترك بما هو أثر ، ولا إكراه على خصوصية بيع ماله ، فإذا اختار بيع ماله ، فلا بد أن يكون عن طيب نفس منه ؛ لعدم الإكراه على الخصوصية .

قوله ﷺ : ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد ... إلى آخره .

لا يخفى أن إكراه أحد الشخصين ، تارة يكون على فعل واحد ، وأخـرى على فعلين ، بمعنى أن كل واحد منهما مكره على فعل غير الفعل الذي أُكره عليه

الآخر كفاية ، وكلام المصنف ﷺ إنما هو في الأول ، وإنما يتصور ذلك في مثل الوكيل والموكل ، أو الأولياء على شخص واحد ، كالأب والجد بالنسبة إلى الابن ، ولا شبهة أنه يتحقق بذلك الإكراه لو فعل كل منهما ؛ لأنه يكون بمنزلة الواجب الكفائي، ويعاقب كل منهما لو تركاه معاً ، بل هو أشد من ذلك ؛ لأن نسبة المال إليهما بنسبة واحدة .

نعم لو فرض أن الوكيل كان عالماً برضا الموكل لم يصدق عليه الإكراه؛ لسقوط رضاه حينئذ ، بل وكذا لو علم أحد الوليين رضا الآخر ، فسبقه ، وأما لو كان عالماً بأن الموكل أو الولي الآخر غير راض ، ولكن يعلم أنه يفعل هذا المكره عليه ، فلو سبقه الفعل ، فلا إشكال في صدق الإكراه عليه ؛ لأن نسبة المال إليهما بنسبة واحدة ، [1] فعلمه بأن الآخر يفعله لا يرفع كونه مكرها عليه ، ولا يستلزم صدوره عن طيب نفسه .

هذا كله إذا كان أكرها كفاية على شيء واحد ، وأما لو أكره كل منهما على فعل مستقل كفاية ، فإن علم كل منهما أن الآخر لا يفعله ، فلا إشكال بصدق الإكراه على السابق لما سبق من أنه يكون كالواجب الكفائي .

وأما لو علم أحدهما دون الآخر ، بأن الآخر يفعله ، فسبق إلى الفعل ، أو علم كل منهما بأن الآخر يفعله فسبق أحدهما ، فالظاهر عدم صدق الإكراه ؛ لأنه مع علمه بأن الآخر يفعله لا يكون متوقعاً لترتب الضرر عليه لو تركه ؛ لأنه إنما يتركه إلى بدل باعتقاده ، ومعه لا يترتب الضرر المتوعد به باعتقاده ، فإذا سبق إلى الفعل لا يكون إلا عن طيب نفس منه ، وإلا كان له المندوحة عن فعله .

وأما لو فعلا معاً ، ففي الصورة الأولى ، يبطل فعل كل منهما بلا شبهه ؛ لعدم صدوره عن طيب نفس من كل منهما ، وفي الصورة الثانية يبطل فعل من لم يكن

---

(١) كتب المصنف ﷺ في الهامش : « فيكونان كشـ... » وباقي الكلام غير واضح .

عالماً بأن الآخر يفعله ، ولا يبطل فعل الثاني ، وفي الصورة الثالثة لا يبطل فعل كل منهما لارتفاع أثر الإكراه بالنسبة إلى كل منهما ، لصدوره عن طيب نفس منه ، فيكون الإكراه بمنزلة العدم ، ولكن تأمل الاستاذ دام ظله في مجلس البحث ، وتردد في الحكم في هذه الصورة ، فتدبر .

قوله ﷺ : **واعلم أن الإكراه قد يتعلق بالمالك والعاقد ... إلى آخره .**

صور الإكراه بالنسبة إلى المكره تتصور على أربعة :

فإنه إما أن يكون المالك هو العاقد أو غيره ، فإن كان الأول ، بأن يكره المالك على بيع ماله بنفسه ، ومحل الكلام أولاً إنما كان في هذه الصورة ، وإن كان الثاني ، فإما أن يكون الإكراه على المالك والعاقد ، أو على المالك دون العاقد ، أو على العاقد دون المالك ، فالصورة الأولى كإكراه الوكيل المطلق والموكل على أن يبيع الوكيل ، ولا إشكال بصدق الإكراه لو فعل الوكيل ، ومن هذه[1] الصورة لو أُكره المالك على التوكيل ، وأُكره العاقد على قبول الوكالة والبيع .

وأما الصورة الثانية : وهو ما لو اكره المالك دون العاقد ، فهي على قسمين : فإنه تارة يكره المالك على التوكيل ، وأخرى يكره على أن يحمل وكيله المطلق على البيع ، ولا إشكال في صدق الإكراه في كل من القسمين ويبطل البيع ، أما في الأول فلبطلان عقد الوكالة بذلك ، فيكون العاقد فضولياً يتوقف على الإجازة ، وسيأتي الكلام فيه .

وأما في الثاني فلأن رضا الوكيل من رضا الموكل ، سواء علم الوكيل بالإكراه أم لم يعلم ، وإن كان الحكم في صورة الجهل أوضح .

ثم لو رضي بعد ذلك المالك ، ففي الصورة الأولى ، تارة يكون رضاه بنفس الفعل الصادر ، فيكون أجاز لنفس فعل العاقد ، فإن كان ذلك الفعل مما تناله

---

(١) في الأصل : هذا.

الإجازة وتصححه كعقود المعاوضات ، فيكون ذلك العقد صحيحاً ، وإن كان من الإيقاعات ، فلا بد أن يقع باطلاً بناءاً على القول بأن الإجازة لا تصحح الإيقاعات الصادرة ، وأخرى يكون رضاه بنفس عقد التوكيل ، فيكون إذناً بالفعل من حين الرضا ، وأما قبل ذلك فقد صدر الفعل بلا إذن وقد وقع باطلاً ، فلا تنفع الإذن المتأخرة .

نعم لو قلنا : بأن البحث في مسألة الفضولي من أن الإجازة ناقلة أو كاشفة جار في العقود الإذنية ، وقلنا : إن هذا الرضا إجازة لعقد الوكالة ، واخترنا أن الإجازة كاشفة ، يقع عقد الوكالة من أول الأمر صحيحا ، فيترتب عليه صحة فعل الوكيل ، ولكن جريان ذلك محل تأمل جداً ، سيأتي الكلام فيه ، إذا وفق الله تعالى ، نسأله التوفيق والعافية والتسهيل ، إنه خير مسؤول .

وفي الصورة الثانية : وهي ما إذا كان الإكراه على أن يحمل المالك وكيله المطلق على العقد ، فلو رضي المالك بعد ذلك بالعقد يكون كالإجازة للفضولي بلا شبهة ، ويصح العقد إذا كان مما تنفع فيه الإجازة .

وأما الصورة الثالثة : وهي ما اذا كان المكره العاقد دون المالك ، فهي على قسمين أيضاً : فإنه إما أن يكون المالك هو الذي أكره العاقد ، وإما أن يكون غيره، وكلام المصنف ﷺ في القسم الأول وقد اختار ﷺ أنه لا أثر للإكراه ، ويقع العقد صحيحاً .

وهو حق لوجهين :

الأول : إن الملك لما كان راجعاً إلى المالك ، فلا يكون رضا العاقد معتبراً في صحة العقد حتى يكون الإكراه رافعا له ، وهذا يكون نظير إكراه المفلس على بيع ماله لوفاء دينه .

والثاني : إن حديث الرفع لا يكون شاملاً لهذا المورد ؛ لأنه إنما يكون شاملاً

لما في رفعه منة ، وليس في رفع أثر الإكراه عن هذا العقد منة على العاقد ، ولا على المالك .

أما على المالك فلفرض أنه هو الذي أكره العاقد على العقد ، بل يكون رفعه خلاف المنة .

وأما على العاقد ، فلأن ذلك لا يعود إليه لا ضره ولا نفعه ، فأي منة عليه في رفع الإكراه ؟!

أما القسم الثاني : فيكون العاقد كالفضولي يتوقف صحة عقده على إجازة المالك ، وأما مجرد رضاه بذلك لا يكون إجازة ؛ لأن المفقود في الفضولي أمران:

الأول : استناد العقد إلى المالك وقصد انشائه باللفظ من المالك .

والثاني : رضاه بوقوع العقد ، وبعبارة أخرى : إن القصد في الفضولي مفقود بمرتبته الثانية والثالثة ، ومجرد الرضا إنما يكون حافظاً لمرتبته الثالثة ، والإجازة هي التي تصحح استناد العقد إلى المالك ، فلا يكفي مجرد الرضا .

ومن هنا يظهر أن تصحيح العقد في القسم الأول لا يكفي فيه أن الرضا لا يعتبر من العاقد ، فلا يرفعه الإكراه ، كما في الوجه الأول ، أو أن عقده غير مشمول لحديث الرفع ، كما في الوجه الثاني ، بل لا بد من تصحيح استناده إلى المالك الذي أكره العاقد ، ومجرد رضاه لا يكفي في الاستناد إليه ، كما تقدم ، وتصحيح استناده إليه منحصر في تصحيح عقد الوكالة منه إلى العاقد الذي كان إكراهه على العقد توكيلاً إكراهياً منه في الحقيقة .

والحاصل : أن إكراه المالك للعاقد على العقد هو في الحقيقة توكيل على هذا العقد منه وإكراه على قبول الوكالة ، فإن صححنا عقد الوكالة الذي كان إكراهياً ، فالعقد الصادر من العاقد لا يحتاج تصحيحه إلى مؤنة زائدة ، بل ينحصر في تصحيح الوكالة .

والحق أن الوكالة وإن كانت إكراهية ، إلا أنها غير مشمولة لحديث الرفع ؛ لأنه ليس في رفعه منة على العاقد ولا على المالك ، كما تقدم في الوجـه الثـاني ، وهكذا ينبغي بيان الاستدلال بتصحيح الوكالة لا بتصحيح العقد من رأس ، وبهذا يظهر ما في كلام المصنف ﷺ من المسامحة .

ويظهر أيضاً في التأييد ما في قوله أخيراً : **ومما يؤيد ما ذكـرنا حكـم المشهور** ... إلى آخره .

فإن حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا منه ، إنما هو لمكان أن المالك المكره لم يفقد إلا المرتبة الثالثة من القصد وهي الرضا ، وأما استناد العقد إليه وحفظ المرتبة الثانية ، فهو من أول الأمر ؛ لان المفروض هو العاقد ، وهـو المالك ، بخلاف ما لو كان العاقد المكره غير المالك ، فإن المفقود فيه الاستناد إلى المالك دون الرضا ؛ لأن المفروض أن العاقد غير المالك مع رضا المالك .

والحاصل : أن المفقود في الأول هـو الرضـا دون الاسـتناد ، وفي الثـاني الاستناد دون الرضا ، فكيف يكون الحكم في الأول مؤيداً للحكم في الثاني ؟!

في إكراه بيع عبد من عبدين

قوله ﷺ : فروع : ولو أكره على بيع واحد ... إلى آخره .

الكلام في مخالفة فعل المكره لما أُكره عليه ، وهذا الفرع يشتمل على مسائل ثلاثة ، فإن المخالفة إما أن تكون بالزيادة أو بالنقيصة ، وعلى تقدير الزيادة فإما أن يكون الإكراه على واحد غير معين من اثنين وقد باعهما ، أو واحد معين .

فالمسألة الأولى : ما كان الإكراه على واحد غير معين ، وأزاد في البيع المكره ، كأن كان المكره عليه بيعُ أحدِ العبدين ، فباع العبدين معا ، وهذا تـارة

يكون بين أحد الشيئين تلازم ولو بحسب العادة ، بحيث كان الإكراه على الواحد الغير المعين إكراه على الجميع ، كبيع أحد مصراعي الباب .

وأخرى لا يكون بينهما ذلك التلازم ، كمثال العبدين .

فإن كان الأول ، فالحق أنه لو باعهما معاً يبطل البيع فيهما كما [هو] واضح؛ لأن المجموع في الحقيقة يكون مكرها عليه ، وإن كان الثاني فالحق أنه لا يبطل البيع ، كما قوّاه الشيخ المصنف ﷺ لأنه خلاف المكره عليه .

بيان ذلك : إن إرادة بيع الواحد المعين في ضمن الجميع الذي كان مكرهاً عليه إرادة ضمنية تابعة للإرادة المطابقية ، وبيع الجميع الذي هو مراد بالإرادة المطابقية لم يكن متعلقاً للإكراه فلا بد أن يكون صادراً عن داع آخر غير امتثال المكره قطعاً ، وبذلك لا بد أن يكون عن اختياره وقدرته ، فلا محالة تكون الإرادة الضمنية أيضا لا عن داع الإكراه ، وإلا لما كانت الإرادة التضمنية تابعة للإرادة المطابقية .

وببيان آخر : إن الإكراه على الواحد المعين في الحقيقة غير معقول ؛ لاستحالة البعث نحو الغير المعين لا مفهوماً ولا مصداقاً ، والكلام فيه كالكلام في الواجب التخييري ، بل المعقول في المقام وفي الواجب التخييري أن المطلوب هو كل منهما لكن على نحو يجوز تركه إلى بدله ، فكل من الشيئين مكره عليه ، ولكن يجوز تركه إلى البدل ، فكل من الشيئين مع ضمه إلى الآخر ، متعلقاً للإكراه ، فلا محالة لا يصدر عن باعث الإكراه ، بل لا بد أن يصدر عن داع آخر ، وإلا فالإكراه لم يكن متعلقاً الا بأحدهما مع ترك الآخر ، وهذا المعنى لم يفعله المكره لما باع العبدين[1] معاً حتى يكون متعلقاً للإكراه ، فلم يقع شيء منهما عن إكراه أبداً، ويصح البيع في الجميع .

---

(١) في الأصل : العدلين .

والمسألة الثانية : ما كان الاكراه على واحد معين ، فضم آخر إليه في البيع ، وهذا أيضا تارة يكون بينهما تلازم ، وأخرى لا يكون ، وفي الأول يبطل البيع في الجميع ، وفي الثاني يبطل المكره عليه المعين ويصح في الزائد ، كما ذكره المصنف ﷺ ؛ وذلك لأن هذا المعين كان متعلقاً للإكراه بما هو وقد باعه كذلك ، واما الضميمة فلا يجعل ذلك عن داع آخر غير الإكراه ، ولا يخرجه عن كونه متعلقاً للإكراه ، كما كان الأمر في غير المعين ، كما أن المعين يمكن أن يقصد استقلالاً لا تبعاً ، فلو كان المبني في صحة البيع في المسألة الأولى هو الإرادة الضمنية ، فلا يتمشى الكلام في المقام ؛ لأن الواحد الغير المعين لا يمكن قصده استقلالاً في ضمن الجميع ، بخلاف المعين في نفسه فيمكن أن يكون بيعه للمكره عليه عن باعث الإكراه ، وبيعه للضميمة عن داع آخر .

لكن الحق أن المبنى الأول في المسألة الأولى غير صحيح صغروياً كما أشرنا إليه ؛ لاستحالة فرض الإكراه على الواحد الغير المعين ، وإن أفاده الاستاذ دام ظله في مجلس البحث ، وكيف كان فالمبنىٰ الثاني في المسألة الأولى لا يتمشى هنا في المقام ؛ لأن الواحد المعين كان متعلقا للإكراه بحده وقد باعه كذلك ، فلا محالة يكون متعلقاً للإكراه ، سواء ضم إليه شيء آخر أم لا .

والمسألة الثالثة : وهي ما لو باع بعض ما أُكره عليه ، وهو يتصور على وجهين : فإن المكره عليه تارة مما لا يباع عادة إلا مرة واحدة ، وكان الإكراه على بيعه مجموعاً بما هو كذلك ، وأخرى مما يصح أن يباع تدريجاً بحسب العادة ، وكان الإكراه مطلقاً ولو على نحو التدريج ، بحيث لو باعه تدريجاً لحصل مقصود المكرِه ـ بالكسر ـ واندفع الضرر .

فإن كان الأول فلو باع نصف ما أُكرهه عليه ، فلا إشكال لا يقع مصداقاً للإكراه ؛ لأنه لم يكره على البيع كذلك ، وكذا لو باع النصف الثاني أيضاً وهو

واضح .

وإن كان الثاني ، فإن كان بيعه بقصد الامتثال للمكره على أن يبيع النصف الثاني ، فلا ريب بوقوعه مكرهاً عليه ، كما ذكره المصنف ﷺ ، وإن كان بيعه لرجاء رضا المكره بذلك وتخليه عن بيع النصف الآخر ، فالظاهر أنه لا يقع مكرهاً عليه ، خلافاً لصريح الكتاب ، بل لا بد أن يكون صادراً عن اختياره وإرادته ، حيث إنه في الحقيقة يكون من قبيل التخلص عن الإكراه ، لا وقوع في الإكراه ، كما لو باع شيئاً آخر لأجل رفع الإكراه عما أكره عليه .

توضيح ذلك : إن حقيقه ما يكون الشيء واقعاً في مصداق الإكراه أن يكون إرادة بيعه منبعثة عن نفس الإكراه بلا توسط ولا انضمام إلى داع آخر ، أما لو كان إرادة البيع منبعثة عن داع غير داعي الإكراه ، ولكن حدوث الداعي كان بسبب الإكراه ، فإنه بتوسط الداعي الاختياري يخرج المراد عن كونه مكرهاً عليه ، وكذا لو انضم داعي الإكراه إلى داع آخر بحيث لو انفرد كل منهما لما أثّر في الإرادة ، فإنه مع عدم تمحض داعوية الإكراه لا يوجب صدق الإكراه عليه ، والمقام من قبيل توسط الداعي الذي هو داعي التخلص عن بيع الجميع ، وليس هو نفس داعي الإكراه ، وإن كان لولا الإكراه لما حصل هذا الداعي ، فتأمل .

قوله ﷺ : **مع احتمال الرجوع إليه في التعيين** ... إلى آخره .

لا يخفى أنه لو باع أحد العبدين بقصد وقوع البيع في الخارج ، بأن كان عن رضاه واختياره لا محالة يرتفع الإكراه لحصول غرض المكره ، فلا مجال لبقاء الإكراه كالوجوب التخييري في التوصليات ، فانه لو فعل أحد فردي الواجب التخييري لا بقصد الامتثال لا محالة يسقط الوجوب ، ولا يمكن أن يقع الفرد الثاني لو فعل مصداقاً للوجوب ، وحينئذ فلو باع العبد الثاني لا محالة يكون عن رضاه واختياره لا عن داعي الإكراه ، فيقع كل من البيعين صحيحاً .

فلو ادعى العكس وأنه امتثل الإكراه ببيع العبد الثاني يكون اعترافاً منه بصحة البيعين ، لا أنه يرجع إليه في التعيين حتى يفسد البيع الثاني بدعواه .

نعم لو ادعى أن البيع الأول كان امتثالا للمكرِه وعن داعي الإكراه يسمع ذلك منه ، فتدبر جيداً .

قوله ﷺ : **ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس ... إلى آخره .**

لا يخفى أن اعتبار طيب النفس يتصور على أنحاء أربعة :

الأول : اعتباره ولو على نحو الشرطية في العقد ، بمعنى أن العقد لا يكون مؤثراً إلا بطيب النفس مطلقاً ، وهذا لا إشكال باعتباره في الجملة ، سواء كان طيب نفس العاقد ، أو طيب نفس آخر غيره ، كما في الوكيل والمكره بحق ، وغير ذلك ، وسواء كان مقارناً للعقد أو لا .

الثاني : اعتباره في العقد مقارناً له ، فلا يكفي الرضا المتأخر ، كما في الفضولي والمكره إذا رضي المالك ، أو المكره بعد ذلك ، واعتباره على هذا النحو محل إشكال؛ لأن العقد بدون الرضا وطيب النفس لا يخرج عن كونه عقداً ؛ لأن المفروض عدم اعتباره في تحقق مفهوم العقد ، فالمطلقات مثل : ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾[1] و ﴿ **احل الله البيع** ﴾[2] شاملة للخالي عن الرضا بتاتاً أو المقارن ، والأدلة الدالة على بطلان العقد بدون الرضا ـ مثل حديث الرفع[3] وأمثاله[4] المقيدة للمطلقات ، إنما المتيقن منها هو العقد المسلوب الرضا بتاتاً ، أما الملحوق بالرضا فمشكوك الدخول في المقيدات ، فيتمسك بتلك المطلقات في إثبات صحته ،

(١) المائدة : ١ .

(٢) البقرة : ٢٧٥ .

(٣) راجع الوسائل ، كتاب الجهاد الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس (مرجع مذكور) .

(٤) كقوله ﷺ : « لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه » ، وكقوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ ﴾ .

وإلى هذا يرجع كلام الشيخ المصنف ﷺ : « خالية عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات » .

الثالث : اعتباره في تحقق مفهوم العقد ، بحيث لا يكون العقد عقداً إلا بطيب النفس ، وقد استضعف المصنف ﷺ دعواه بأزيد من الدعوى الأولى ، وهو حق ، فإن العقد ليس إلا إيجاد المعنى باللفظ ، ويتحقق هذا المعنى بقصد اللفظ ، وقصد إيجاد المعنى باللفظ في مقابلة النائم في الأول والهازل في الثاني ، أما اعتبار الرضا بوقوعه في الخارج وطيب النفس بتحقق[1] مما يقطع بعدمه ؛ لأن ذلك أمر خارج عن إيجاد المعنى باللفظ ؛ لأنه ليس إيجاده باللفظ إلا استعمال اللفظ ، والإستعمال يتحقق بمجرد قصد المعنى ، وإلا لما كان الكاذب في الإخبار أو الهازل مستعملا ، مع أنه ضروري البطلان .

الرابع : اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير العقد ، بمعنى أنه لا يؤثر العقد أثره حقيقة إلا برضا نفس العاقد ، بحيث يكون قصد العاقد لوقوعه في الخارج وطيب نفسهْ به جزء علة في التأثير واقعا كالعقد .

وبعبارة أخرى : تكون العلة المؤثرة في وقوع المعاملة تكويناً هو العقد مع طيب نفس العاقد ، فمع فقده لا تتم علة التأثير ، ومعه فالرضا المتأخر لا يعقل معه تصحيح العقد ؛ لاستحالة تأخر العلة عن المعلول أو جزء العلة الفاعلة لوجه من الوجوه ، وإن أُدعي جواز تأخر الشرط .

وهذا أضعف من الجميع كما أشار إليه المصنف ﷺ ؛ ضرورة ان الملكية وأمثالها من الأمور الاعتبارية يكفي في إيجادها إنشاؤها باللفظ الذي يتحقق بمجرد قصد إيجاد المعنى كما عرفت ، غاية الأمر إن الشارع قد يعتبر أمراً زائداً على ذلك ، مثل طيب النفس في بعض المقامات تسهيلاً ومنّة ، كما في التسهيل

---

(١) كذا .

والمنّة على المكره ، وصيغة خاصة وأمثال ذلك ، لا أن لطيب النفس تأثير حقيقي تكويني في إيجادها بالاعتبار ، وإلا لكان المكره بحق لم يؤثر عقده حقيقة ، لعدم العلة للتأثير ، وإنما هو صرف تعبد من الشارع ؛ بلا أن يحصل الأثر في الخارج ، مع أنه لا قائل به ، فإن المكره بحق عقده مؤثر حقيقة ، ويحصل النقل والانتقال لحصول قصد إيجاد المعنى باللفظ الكافي في التأثير ، والمفروض لم يعتبر فى الشارع شرطاً زائداً .

قوله ﷺ : **ويؤيد ذلك فحوى صحة عقد الفضولي** ... إلى آخره .

وجه الأولوية أن المفقود في العقد الفضولي أمران : استناده إلى المالك ، والرضا بوقوع مضمون العقد ، والمفقود في المكره هو خصوص الأمر الثاني لفرض الاستناد إليه وأنه المنشئ للعقد ، فإذا فرض صحة عقد الفضولي بالإجازة المتأخرة والرضا المتأخر بالعقد ـ مع أن المفقود أمران ـ فصحة عقد المكره بالرضا المتأخر ـ مع أن المفقود أمر واحد ـ بالطريق الأولى .

ولكن قد يقال فيه : ان عقد الفضولي في نفسه له الصلاحية في التأثير ، بلا [أن] يكون مانع في البين ، وإنما لم يؤثر لنقصان سببيته باعتبار فقدانه للاستناد إلى المالك ورضاه به ، فإذا انضم إليه ما نقص منه تم المؤثر فيؤثر أثره ، بخلاف عقد المكره ، فإن الشارع رفع تأثيره مع صلاحيته للتأثير ، لا أنه نقص جزء من المؤثر ، والجزء الموجود باق على ما هو من الصلاحية ، فإذا انضم إليه الجزء الآخر أثّر أثره ، كما كان في العقد الفضولي ، فيكون عقد المكره عدم تأثيره لوجود المانع الذي هو إلغاء الشارع له وعدم اعتباره ، بخلاف عقد الفضولي ، فإن عدم تأثيره لنقص في المؤثر ، فلا يكون عقد المكره أولى من الفضولي ، وإن كان المفقود في عقد المكره جهة واحدة وفي الفضولي جهتان ، فإنه بمجرد ذلك لا يكفي مع كون عقد المكره انما لم يؤثر لوجود المانع عن تأثيره .

اللهم إلا أن يقال : إنا[1] نستكشف من أدلة بطلان المكره هو اعتبار الرضا وطيب النفس في العقد على نحو الشرطية ، فيكون فاقداً للشرط ، فيكون ناقص التأثير ، لا ان الشارع بالخصوص منع من عقد المكره ، بحيث مع صلاحيته للتأثير ألغىٰ الشارع تأثيره حتى يكون من قبيل المانع ، فيكون على طبعه من صلاحيته للتأثير فعلاً ، ولكن فقده للرضا أوجب نقصان المؤثر لمكان اشتراطه بـالرضا ، فإذا انضم[2] اليه الرضا يؤثر أثره فتتجه الأولوية .

إلا أن الإنصاف أنه وإن سلم ذلك ، لكن الاستناد في عقد المكره للمالك في الحقيقة كلا استناد ، لمكان الإكراه ، فيكون عقد المكـره فـاقداً للاسـتناد ـ لأن الاستناد إليه كلا استناد ـ وفاقداً للرضا ، فلا يكون فرق بينه وبين عقد الفضولي من هذه الجهة ، فلا تثبت الأولوية ، وحمله على الفضولي يكون من باب القياس .

قوله ﷺ : **أولاً : إن المرفوع هي المؤاخذة ... إلى آخره .**

حاصله أنه حيث إن المـرفوع في حـديث الرفـع[3] المـؤاخـذة الشـاملة للمؤاخذة الدنيوية والأخروية ـ كما تقدم ـ ومقتضى ذلك أن الذي يصح أن يكون مرفوعاً في حديث الرفع هو ما كان عليه وملزم به .

وأما الذي يكون له لا عليه ، فذلك ضد المؤاخذة ، فكيف يـعقل شمـول حديث الرفع له ؟! ومن المعلوم أن صحة ما اكره عليه برضاه بعد ذلك يكون له لا عليه ، ويكون ضداً للمؤاخذة ، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع .

ولكن قد تقدم أيضاً أن المرفوع ليس هو المؤاخذة بأي معنى من معانيها ؛ لأن المراد من الرفع هو الرفع التشريعي لا التكويني ، بـل المـرفوع هـو نـفس

---

(١) في الأصل : ان .

(٢) في الأصل : انظم .

(٣) الوسائل ١٥ : ٣٦٩ ، حديث ١ من الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس . (مصدر مذكور) .

الأحكام، إلا أنه لا بد أن يكون المرفوع ما فيه منّة على من رفع عنه.

ومن المعلوم أن رفع أثر البيع المكره عليه إذا رضي بعد ذلك به يكون خلاف المنة، فلا يكون أيضاً مشمولاً لحديث الرفع على هذا المبنىٰ، وعلى كل حال فالنتيجة واحدة.

قوله ﷺ: **نعم قد يلزم الطرف الآخر** ... إلى آخره.

هذا استدراك من السابق، وهو رفع إلزام المكره بالبيع، فإن مقتضى عدم لزوم بيعه أن للمشتري أن يرجع المبيع إلى المكره ويفسخ، لسقوط اللزوم في البين، ونتيجة ذلك أن رضا المكره بعد ذلك لا أثر له في لزوم البيع، بعد أن كان المشتري له الفسخ ونقض البيع.

وحاصل الجواب: أن الإلزام المرفوع، إنما هو من طرف المكره دون الطرف الآخر إذْ لا موجب في رفع إلزامه، فإن حديث الرفع إنما يرفع أثر ما أكره عليه من المؤاخذة، وهي ليس إلا لزوم البيع من طرف المكره، أما لزوم البيع من الطرف الآخر فليس من آثار الإكراه فلا يشمله حديث الرفع، وعلى مذاقنا فالجواب واضح، فإنه ليس في رفع إلزام الغير منة على المكره، مضافاً إلى أن إلزام الغير ليس من آثار الإكراه وأحكامه حتى يكون مرفوعاً، فتدبر.

قوله ﷺ: **وأما إلزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه** ... إلى آخره.

بعد أن تقدم أن المشتري لم يرفع إلزامه بحديث الرفع، فليس له فسخ البيع، والمفروض أن البيع من طرف المكره غير ملزم، ونتيجته عدم جواز تصرف المشتري في المبيع، لعدم لزومه بعد من طرف البائع، فيكون ذلك ضرراً على المشتري: إذا مضى عليه مدة طويلة لم يفسخ بها البائع ولم يمض البيع، فيكون مرفوعاً عنه بمقتضى قاعدة الضرر ورفع ذلك بإلزام المكره بالفسخ، أو إمضاء

البيع بالرضا تقديماً لحق المكره ، فان امتنع فلا بد أن يقال : بأن للمشتري فسخ البيع ، وأما إمضاؤه من قبله فمحل إشكال .

فاتضح أن إلزام المكره بذلك ـ أي الفسخ او الرضا ـ ليس من آثار نفس ما أُكره عليه حتى يكون مرفوعاً بحديث الرفع ، بل من نتائج شمول حديث الرفع لما أُكره عليه ، ومن توابع حقه الثابت له بالإكراه المشمول للحديث ، كما تقدم ، فإنه لما كان مرفوعاً عنه الإلزام مع عدم رفع الإلزام عن الغير ، فمن حقوقه أن لا يتصرف الغير في المبيع ، فبمضي المدة يتضرر المشتري ، وتضرره إنما نشأ من ثبوت حق المكره بالحديث ، وهو عدم جواز تصرف المشتري ، ولازم التضرر إلزام المكره ، فإلزامه لم يكن حاصلا من جهة صرف الإكراه ، ومن اثار نفس الإكراه ، بل إنما جاء من ثبوت الحق له بحديث الرفع ، حيث كان مكرهاً ، فهو من آثار دلالة حديث الرفع .

وبذلك يتضح أنه لا يعقل رفع هذا الإلزام ـ وهو إلزامه باختيار البيع أو الفسخ ـ بحديث الرفع ؛ لأنه إنما ثبت نتيجة شمول حديث الرفع لما أُكره عليه ، فكيف يعقل أن يكون مرفوعاً به ، وما يثبت بالشيء كيف يعقل رفعه به ؟! وهذه من الضروريات التي قياساتها معها ، فتدبر وافهم .

قوله ﷺ : ثم إن ما ذكرناه واضح على القول بكون الرضا ناقلاً ... إلى آخره .

أما وضوحه على تقدير كون الرضا ناقلا ، فلأن المرفوع ليس إلا أثر نفس العقد الأول وليس النقل به ، والرضا المتأخر غير مشمول لحديث الرفع ، وبه النقل .

وأما خفاؤه على تقدير الكشف ، فلأن العقد لما كان مشمولاً لحديث الرفع فهو غير ناقل ، ولا موجب للزوم ، فلا يعقل أن ينقلب عما هو عليه ، ويكون

مؤثراً في اللزوم في ظرف كونه غير مشمول لحديث الرفع ، وغير مؤثر في اللزوم ؛ لأن المفروض ان الرضا ليس له التأثير في اللزوم ، وإنما هو صرف كاشف عن العقد في ظرفه ، ومرآة عن وقوع العقد .

وبعد التأمل يظهر الجواب ؛ لأن القول في الكشف على وجوه : إما الكشف الحكمي وإما الكشف الحقيقي .

والكشف الحقيقي إما أن يكون لأجل شرطية الرضا المتأخر للعقد على نحو الشرط المتأخر ، وإما أن يكون لأجل شرطية التعقب بالرضا الذي هو عنوان مقارن للعقد ، فيكون شرطاً مقارنا ، غاية الأمر يكون عنواناً ينتزع من لحوق الرضا المتأخر ، كما سيأتي توضيحه إنْ شاء الله في عقد الفضولي .

وإما أن يكون لأجل كشف الرضا حقيقة عن العقد وتأثيره ، بلا أن يكون دخيلاً ، لا في نفس العقد على نحو الشرط المتأخر ، ولا في اتصافه بالعنوان الانتزاعي المقارن ، وهذا الوجه الأخير هو أردأ الوجوه في المسألة وأخس الأقوال ، كما سيأتي إنْ شاء الله في الفضولي .

والإشكال المتقدم إنما يتم بناءاً على هذا الوجه الأخير ، حيث يكون في ظرف كونه مشمولاً لحديث الرفع ، فلا يؤثر اللزوم ، [أو] غير مشمول لحديث الرفع ، فيؤثر اللزوم ؛ اذ لم تحدث خصوصية دخيلة تجعل ما كان مشمولاً غير ما هو غير مشمول للحديث .

وأما بناءاً علىٰ أحد الوجوه الأخر الثلاثة فلا إشكال ، كما هو واضح على تقدير الكشف الحكمي ؛ لأن الكشف الحكمي حقيقته[1] النقل ، فالتأثير حقيقة للرضا المتأخر .

وأما على الوجهين الآخرين ، فلأن الرضا لما كان له دخل في الجملة ،

---

(١) في الأصل تكرار كلمة : (حقيقته) .

فليس خروج العقد عن حديث الرفع بما هو مشمول له، بل لخصوصية منضمة إليه، وهي الرضا أو العنوان الانتزاعي، وهو التعقب بالرضا، وبما هو كذلك لم يكن مشمولاً للحديث وغير مؤثر في اللزوم، وإنما كان مشمولاً مع عدم هذه الخصوصية، فلا انقلاب كما هو واضح.

قوله ﷺ: **وثانياً إنه يدل ... إلى آخره.**

وحاصله: أن حديث الرفع كما تقدم إنما يرفع ما كان من آثار ما أُكره عليه، وهو السببية التامة، أما الأثر الحاصل للإكراه بعد شمول الحديث كيف ان[1] يكون مرفوعاً بالحديث، وهو ثابت بالحديث متأخر عنه، ومن المعلوم أن جزئية العقد المكره عليه، وتأثيره بضميمة الرضا على القول به إنما هو نتيجة شمول حديث الرفع للعقد المكره عليه، لا من آثار نفس العقد المكره عليه، مع قطع النظر عن الإكراه وشمول الحديث حتى يعقل رفعه بالحديث، وهذا يكون نظير إلزام المكره باختيار البيع او الفسخ، كما تقدم بيانه.

قوله ﷺ: **لكن يرد على هذا أن مقتضى ... إلى آخره.**

حاصله: أنه وإن كان الحديث لا يرفع جزئية العقد وتأثيره بضميمة الرضا المتأخر، إلا أنه حينئذ يبقى تأثيره مع الرضا المتأخر بلا دليل؛ وذلك لأن حديث الرفع حاكم على الإطلاقات الدالة على السببية التامة للعقد، فيقيدها بما عدا الإكراه؛ لأنه يكون مفسراً لها، فلا تشمل حينئذ صورة الإكراه على كل حال، وتفسيره لها إنما هو بنحو يجعلها دالة على السببية التامة مع مقارنة الرضا، إذ هي بنفسها دالة على السببية التامة، فيفسر الحديث السببية التامة بالمقارنة مع الرضا.

وأما السببية الناقصة والتأثير مع الرضا المتأخر بأن يكون العقد سبباً تاماً كذلك لم تكن مشمولة للإطلاقات؛ لأنها دلت على ان العقد بنفسه سبب تام، فلا

---

(١) كذا.

تشمل هذا العقد حينئذ ، وبعد الحكومة والتفسير يكون نتيجتها سببيته التامة مع الرضا المتأخر ، والرضا في الفرض متأخر ، ولم تكن أيضاً هذه السببية مشمولة لحديث الرفع ومرفوعة به ، فيبقى حينئذ تأثير العقد مع الرضا المتأخر بلا دليل ، لا على الصحة ولا على الفساد ، ومقتضاه الرجوع إلى الأصول ، ولا شبهة أن الأصل في العقود الفساد .

وقد ترقّىٰ المصنف بقوله ﷺ : بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة ، كان دليل الاكتراء حاكماً عليه مقيداً ، له فلا ينفع انتهى . كما في بعض النسخ للكتاب .

وهو حق ؛ لأن الحديث إنما يرفع أثر ما أكره عليه ، فإن دل الدليل على السببية التامة للعقد فيرفع هذا الأثر ، وإن دل على أعم من ذلك حتى السببية الناقصة فأيضاً حديث الرفع يكون رافعاً لها ، فلا ينفع بعد ضميمة الرضا المتأخر .

إلا أنه حينئذ يكون حديث الرفع بنفسه دليلاً على فساد عقد المكره لو تعقب بالرضا أيضاً ، بخلافه على الصورة الأولى ؛ لأن الجزئية للعقد في السببية لم تكن على الصورة الأولى مشمولة للإطلاقات ، فلا يكون الحديث رافعاً لها ؛ لأنه إنما يرفع الأثر الثابت للشيء .

وأما في هذه الصورة فالمفروض أن هذا الأثر ، وهو الجزئية في التأثير ، والسببية ثابتة للعقد بمقتضى الإطلاقات ، ففي الحقيقة أن الإيراد على هذه الصورة أشد منه على الصورة الأولى .

ولكنه هذا الكلام كله مبني على فرض غير واقع ؛ لأن هذا إنما يتم إذا خلينا نحن والإطلاقات وحديث الرفع بدون دليل آخر في البين ، كما أن فرض ان هناك دليل دال على مطلق السببية حتى الناقصة فرض غير واقع .

فالتحقيق ـ كما أفاده ﷺ ـ بقوله : **اللهم إلا أن يقال ... إلى آخره** .

أن الإطلاقات بأنفسها إنما هي تفيد السببية المستقلة التامة للعقود ، ولكن هناك أدلة أخرى غير حديث الرفع مقيدة للإطلاقات بالبيع الواقع عن رضا ، سواء كان الرضا سابقا أو لاحقاً ، مثل قوله تعالى : ﴿ **إلا أن تكون تجارة عن تراض** ﴾[1] وقوله ﷺ : « لا يحل مال امرء إلا عن طيب نفسه »[2] والإجماع ، وحكم العقل بقبح أخذ مال الغير بدون رضاه ، فتكون الإطلاقات بضميمة هذه المقيدات تدل على أن السبب التام للنقل هو العقد مع طيب النفس ، وحينئذ ينظر حال حديث الرفع وحكومته على الإطلاقات ، فنقول :

أن حديث الرفع إنما يكون حاكماً على المطلقات مع مقيداتها لا عليها فقط ، وذلك في كل دليل حاكم ، وبعبارة أخرى يكون حاكماً على النتيجة التي تستفاد من الأدلة ؛ لأنه ليس له نظر خاص إلى خصوص دليل ، بل إنما ينظر إلى الأحكام الواقعية ، ولو كانت مستفادة من مجموع الأدلة ، وهذه النتيجة المستفادة من الإطلاقات مع مقيداتها لا يعقل أن يكون دليل الرفع حاكماً عليها .

بيان ذلك : إن العقد إما أن يكون مكرهاً عليه أو غير مكره ، بمعنى أنه وقع عن رضا من العاقد وإن كان مكرها عليه ، فإما أن يتعقبه الرضا أو لا يتعقبه ، فإن كان مكرهاً عليه بلا تعقب رضا أبداً فهو خارج عن الإطلاقات بضميمة المقيدات ، فلا معنى لحكومة حديث الرفع ، إذ لم يكن له أثر ثابت بالدليل حتى يرفعه الحديث .

وإن كان وقع عن رضا سابق ، فلا يعقل أن يعرض عليه الإكراه حتى يشمله حديث الرفع ، فهو خارج موضوعاً .

---

(١) النساء : ٢٩ .

(٢) الوسائل ٥ : ١٢٠ ، حديث ١ و ٣ من الباب ٣ من أبواب مكان المصلي (باختلاف يسير) (مصدر مذكور) .

وإن كان وقع عن إكراه ثم تعقبه الرضا الذي هو محل الكلام ، فهذا المجموع المركب من العقد الإكراهي المتعقب بالرضا لم يكن إكراهياً حتى يكون مشمولاً لحديث الرفع كالمقارن للرضا ، فهو خارج موضوعاً .

وأما نفس العقد الإكراهي فجزئيته للسبب ليس مما دلت عليه الأدلة ، وإنما دلت ـ بضم المقيد إلى المطلق ـ أن العقد المنضم إلى الرضا سبب تام للتأثير ، ولكن لازمه العقلي أن يكون العقد جزءاً من السبب ، ولكن لا يعقل أن يكون ذلك مرفوعاً بحديث الرفع ، أما أولاً فلأنه أثر عقلي ليس بمجعول ولا ثابت بالدليل ، وإنما هو لازم عقلي لمدلول الدليل ، فلا يعقل الجعل حتى يكون مرفوعاً ، وأما ثانياً فعلى تقدير التسليم ، فجزئيته إنما ثبتت له بوصف الإكراه ، فكيف يعقل أن يكون مرفوعاً بالإكراه ؟!

ولكن الإنصاف أن جزئيته ثبتت له لا من حيث إنه إكراهياً ، كما أفاده الشيخ ﷺ ؛ وذلك لأن المفروض أن الأدلة بنتيجتها دلت على أن السبب التام هو العقد المرضي به مطلقاً ، سواء كان عن رضا سابق أو لاحق ، فتثبت الجزئية للعقد مطلقاً ، سواء كان إكراهياً أو غير إكراهي ، ولعله لذلك جعل ﷺ لقوله : « لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض » نسخة بدلاً عنها ، وهي قوله : « وهي تفيد الإشكال الأول » .

قوله ﷺ : إلا أن يقال : إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية ... إلى آخره .

هذه العبارة مضروب عليها في بعض النسخ التي صححت ـ كما قيل ـ على ما صحح على نسخة الأصل ، والانصاف يقتضي ذلك ؛ لأنه قد تقدم أن حديث الرفع إنما يحكم على الأحكام الواقعية المستفادة ، ولو من مجموع الأدلة ، لا على دليل خاص ، فهو غير رافع للسببية المستقلة المستفادة من الإطلاقات ؛ لأن الإطلاقات لم تبق على إطلاقها ، فهي حكم غير واقعي ، وإنما هو ظاهري ساقط

بالمقيدات .

فالحديث غير رافع للسببية المستقلة ، إذ لم تثبت حتى يقال : إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة فكذا .

وأما السببية الناقصة فهي ليست مدلولة للمطلقات حتى ترفع بالحديث ، بل هي لازم عقلي للحكم بأن السبب التام هو العقد مع الرضا مطلقاً المستفاد من مجموع الأدلة ، فكيف يرفع بحديث الرفع كما تقدم ؟!

فالتحقيق في المقام الذي يليق أن يدوّن أن يقال : إنه قد عرفت أن حديث الرفع وكل دليل من قبيله مما يكون حاكماً على أدلة الواقعيات كقاعدة الضرر إنما يرفع الحكم الثابت بأي دليل كان ، سواء كان بدليل خاص واحد ، أو بمجموع الأدلة ، وليس ناظراً إلى ظهور الأدلة بما هو ظهور الأدلة ولو لم تكن حجة ، أو كانت معارضة بحجة أقوى بحيث أسقطتها عن الحجية .

فإذا فرضت أن هناك أدلة مطلقة مقيدة بأدلة أخرى ، بحيث أسقطتها عن حجيتها في الإطلاق ، لا محالة لا يكون الدليل الحاكم ناظراً إلى إطلاقها ؛ لأنه الدليل الحاكم إنما ينظر الحكم الثابت ، والإطلاق الساقط عن الحجية لا يثبت حكماً حتى يكون ناظراً إليه ، وإنما يفرض الحاكم ناظراً إلى الظهورات ، باعتبار نظره إلى الحكم الواقعي الثابت بها ، فلا يكون ناظراً إليها إلا وأن تكون الظهورات باقية على حجيتها .

وهذا بخلاف ما لو كان الدليل الثالث من قبيل المعارض لا الحاكم ، فانه يعارض المطلق الذي تقيد بالدليل المقيد ، والعام الذي تخصص بمخصص ، فان المعارضة إنما هي بين الظهورات ، وتوضيح ذلك موكول إلى محله .

فإذا ثبت من مجموع المطلق والمقيد حكم ، فإن كان ذلك الحكم مخالفاً للدليل الحاكم ، بحيث يكون مما ينظر إليه فلا محالة يكون حاكماً عليه ، وإن كان مما

يوافقه فلا مجال للحكومة عليه ، بل لا معنى لها .

إذ إتضح ذلك ، فنقول في المقام : إن المطلقات الدالة على سببية العقد مستقلاً في التأثير مقيدة بالأدلة الدالة على اعتبار الرضا ، فيكون الحكم الثابت من مجموع المطلقات والمقيدات أن السبب للنقل والانتقال هو البيع الواقع عن رضا سابق أو لاحق ، وهذا يوافق دليل الرفع لا يخالفه ، فلا يعقل أن يكون ناظراً اليه وحاكماً عليه .

وأما المطلقات بما هي فلم تثبت حكماً يرفعه الحديث ، فلا يصح أن يكون الحديث ناظراً إلى نفس العقد ، إذ لم يثبت له حكم مستقل ، وإنما الثابت هو حكم واحد ، وهو أن العقد بضم الرضا مطلقاً سبب للنقل تام السببية ، وهذا ليس إكراهياً حتى ينظر إليه الحديث في حكومته ، فلا محالة لا يكون للحديث حكومة في البين على شيء من الأدلة في المقام ، لا المطلقات ، ولا المقيدات ، ولا بمجموعها باعتبار معناها المتحصل منها ، فلا يرفع شيئاً ثابتاً ، فتدبر جيداً .

قوله ﷺ : **فتأمل .**

يدل أمره بالتأمل هنا أن المسألة بعد محل إشكال عنده غير صافية من شوائب الشبهة ، ولذا وقع منه ﷺ التغيير والتبديل في عبارته ﷺ ، وقد عرفت بما لا مزيد عليه أن المسألة ليس بهذه الأهمية ، ولا تحتاج إلى إطالة مثل هذا الكلام ، فتدبر وتأمل حتى لا يختلط عليك الأمر .

قوله ﷺ : **بقي الكلام في أن الرضا ...** إلى آخره .

لا يخفى أن النزاع في الكاشفية والناقلية وقع في كثير من المباحث كالمقام ، والإجازة في العقد الفضولي ، وإجازة المرتهن لبيع الراهن ، وغير ذلك .

والضابط في هذا النزاع الذي به يسري إلى جملة من الموارد التي لم يتفق فيها النزاع ليس هو صرف تأخر شيء له دخل في تأثير المتقدم حتى في مثل

تأخر القبول بالنسبة إلى الإيجاب ، بل ـ كما نقل عن بعض المحققين ـ هو أن يكون المتأخر ناظراً إلى المتقدم بلسان أن له التأثير ، لا على وجه أن يكون من قبيل المتمم للعلة بحيث [يكون] بلا نظر الى مفاد المتقدم .

وبعبارة أخرى إن لسانه كان المتقدم هو تام التأثير بحيث أنه يكون مبيناً[1] لذلك ، ولعل ضيق العبارة يمنع عن تأدية المعنى المقصود ، ولكن الغرض واضح بعد معرفة أن مثل القبول غير داخل تحت الضابط ؛ لأنه ليس لسانه أن التأثير للمتقدم كالرضا في المقام ، والإجازة في عقد الفضولي .

ومن هنا وقع التوهم في أن الأصل في مثل هذه الموارد هو الكشف ؛ لأن[2] لما كان لسان الرضا أو الإجازة هو أن المتقدم ماض ومؤثر في نفسه ، وحقيقته إمضاء ما سبق ، فإذا قلنا بأن الرضا في المقام مما يعتبره الشارع ، لا معنى لإعتباره إلا إمضاؤه بما يفيده ويدل عليه ، والمفروض أنه إمضاء للعقد السابق ، فإعتباره يرجع في الحقيقة إلى إمضاء نفس العقد السابق وصحته من حينه ، فإذا لم يثبت المانع من ذلك ، فلا محالة يكون كاشفاً عن وقوع العقد من حينه .

وحاصل ما أجاب به المصنف أنه : نعم ، إن الرضا أو الإجازة مفسران للسابق وممضيان ما وقع على ما وقع عليه ، إلا أنه ليس مفاد العقد وقوع الملك من حين العقد ، فإن الإنشاء وإن كان في الحال ، لكن زمن الحال ليس مأخوذاً في المدلول ، بل الحال هو زمن الإنشاء لا زمن المنشأ ، فلا ينافيه وقوع المنشأ في زمان متأخر وان كان الإنشاء زمانه حاليا ، فحينئذ لا يكون مفاد العقد ومدلوله إلا النقل ، فإن كان معتبراً في النقل عند الشارع في زمن التكلم ، فلا محالة يكون تأثيره في ذلك الزمان ، وإلا فلا بد من حصول ما يكون دخيلاً في معتبر الشارع ،

---

(١) في الأصل : مبنياً .

(٢) كذا .

وبعد ذلك يتحقق النقل .

وإن كان في استشهاد المصنف ﷺ بالقبول وبالقبض وانقضاء زمن الخيار محل تأمل ؛ لما عرفت من الضابطة لخروج هذه الأمور عن تلك الضابطة ، فلا يجري فيها هذا الكلام ، وعلى كل حال فالأمر سهل .

[في صحة بيع العبد]

قوله ﷺ : قال الله ... إلى آخره .

لا يخفى أن الاستدلال بالآية المباركة[1] مبني على أن القيد توضيحي ، والا لو كان احترازياً فلا يدل على أن شأن العبد كذلك ، والظاهر أن القيد توضيحي ، لا كما ذكره السيد الطباطبائي في حاشيته[2] بقرينة ﴿ **مملوكاً** ﴾ ؛ لأنه المملوك هو نفس العبد معنى ، فإذا كان مملوكاً قيداً توضيحياً يكون قرينة على أن ما بعده كذلك .

ولكن يبقى الكلام في عموم الآية ، فإن الشيء مرادف للموجود كما ذكروا ، وهو نكرة في سياق النفي ، فيدل على أن كل فعل من أفعاله ، وكل حركة من حركاته هو ممنوع عنه ، ولا يقدر عليه إلا بإذن سيده ، حتى في مثل التكلم والنظر والنوم والقيام والقعود وهكذا ، مع أن الظاهر أن الضرورة قائمة على عدم سلب قدرته عن مثل ذلك .

والظاهر أن سياق مثل هذا العموم يأبىٰ عن التخصيص ، فنقول : إن الظاهر من الشيء ليس على معناه ومفهومه المعهود ، بل الظاهر أن المراد من الشيء الأمر الذي يعتد به ويكون ذا أهمية في نظر العرف أو العقلاء ، الذي يكون استقلاله فيه يعدّ استقلالاً عن المولى وخروجاً عن زي الرقية ورسم العبودية ، وهذا بخلاف مثل التكلم والنظر والسماع .

---

(١) وهي : ﴿ ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ﴾ النحل : ٧٥ .

(٢) الحاشية : ١٢٩ . (مرجع مذكور)

ويؤيد ذلك، بل يشهد له قوله عليه السلام في رواية زرارة «أفشيء[1] الطلاق»[2]، فإنه لو كان المراد منه مطلق الشيء، فكون الطلاق شيئاً أمر لا يخفى على أحد، فلا يحتاج إلى الاستفهام التقريري لأجل بيان دخوله في مفاد الآية، فتقرير الامام عليه السلام للسائل ـ الذي هو تلقين له لكيفية الاستدلال بالآية ـ له الدلالة على أن المراد في الشيء ليس هو مطلق الموجود المفهوم من إطلاقه، بل المراد أمر وراء ذلك، والظاهر أنه ما ذكرنا.

وأما جعله كناية عن خصوص عناوين المسببات، كالنكاح والبيع أو الشراء ـ كما أفاده بعض الأجلة ـ فلا شاهد له ولا دلالة في الآية الشريفة، بخلاف ما استظهرناه، فإنه أمر يساعد عليه الاعتبار والعرف.

قوله قدس سره: **بقرينة الرواية ... إلى آخره.**

لا يخفى أن العبد تارة نقول: إنه مسلوب العبارة، بحيث أنه لا أثر لعقده حتى مع إذن المولى له كالمجنون والصبي على قول.

وأخرى: إن عبارته غير معتبرة، بمعنى انه لا يترتب عليها الأثر المقصود منها مع استقلاله، فتعتبر مع إذن المولى.

واستظهر المصنف من الآية، أن المراد الثاني، وخصوصاً بقرينة الرواية؛ لأن الرواية كالنص في الثاني، حيث دلت على أنه يجوز نكاحه وطلاقه بإذن المولى بمفهوم الحصر، وهي قد ذكرت الآية استشهاداً بها، فتكون قرينة على إرادة ذلك من الآية، ولكن ظهور ذلك من نفس الآية محل تأمل.

قوله قدس سره: **إذ المحتاج إلى غيره ... إلى آخره.**

هذا تعليل لصحة إطلاق القدرة على الاستقلال، لا لظهور القدرة في الاستقلال.

---

(١) في الأصل: «أفشي».

(٢) الوسائل ٢٢: ١٠١ حديث ١ من الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه. (مصدر مذكور)

المسألة الثانية : فيما يغرمه المشتري من الفضولي للمالك زائداً على الثمن

بسم الله الرحمن الرحيم

قوله ﷺ : إذا اغترم للمالك غير الثمن فإما أن يكون ... إلى آخره .

إعلم أن الصور في زيادة الغرامة على الثمن تتصور على اقسام ثلاثة ، كما ذكره المصنف ﷺ :

الأول : فيما إذا كان المبيع قيمته الفعلية حين الغرامة أكثر من ثمنه المسمى الذي اشتراه به المشتري من الفضولي ، مثلما لو اشتراه المشتري بعشرة ، وكانت قيمته السوقية حين الغرامة عشرين ، وهذه الزيادة تارة تكون من حين البيع ، وأُخرى بعد البيع ، بأن كانت قيمته السوقية حين البيع عين ثمنه المسمى له ، ولكن بعد ذلك ارتفعت قيمته السوقية .

والثاني : فيما إذا كان المبيع ذا منفعة استوفاها المشتري كالدار والجارية والحائط والشاة ، وغير ذلك ، بأن سكن المشتري بالدار ، ووطأ الجارية ، وباع ثمر الحائط ، وشرب لبن الشاة ، إلى غير ذلك ، فان هذه المنافع ، لما كانت للمالك ، فهو يستحقها ؛ لأنها تابعة للعين ، فإن كانت هذه المنفعة عيناً كالتمر واللبن والصوف ،

وكانت موجودة ، فإنها ترجع إلى المالك ، ولا يرجع بها المشتري على البائع ، ولا كلام فيها ، وإنما الكلام فيما إذا تلفت باستيفائه لها بالبيع أو الأكل أو غير ذلك ، أو كانت المنفعة ليست عيناً كالسكنى للدار ، وقد استوفاها .

والثالث : فيما إذا كانت الغرامة لم يحصل في مقابلها نفع للمشتري ، وهذا يتصور على أنحاء :

فتارة ، فيما إذا صرف على العين شيئاً من المال ، كمنفعة الجارية وعمارة الدار أو الحائط ، أو أجرة النقل والدلالة ، وامثالها ، كما إذا كان المبيع منقولا ، كالحنطة والتمر ، وصرف أجرة على نقله ، وكيالته ودلالته .

وأخرى ، فيما إذا كان المبيع ذا منفعة ، ولكن تلفت منفعته كما إذا تلف التمر ، أو اللبن ، أو لم يستوفها ، ومضى وقت على استيفائها ، كما إذا لم يسكن الدار ، ولم يستأجرها إلى غير ذلك ، أو لم تكن تلك المنفعة صالحة لِأَنْ يستوفيها هو ، بأن لم تكن منفعة له كالولد المنعقد حراً ، بناءاً على أنه ليس بمنفعة لأبيه .

وثالثة ، فيما اذا نقصت العين بأجزائها أو بأوصافها .

قوله ﷺ : **وإن كان جاهلاً ... إلى آخره .**

سواء كان جاهلاً بأصل كون المال للغير ، أو كان جاهلاً بكونه مأذوناً من المالك ، مع العلم بأن المال ليس للبائع ، ولكن ادعى البائع إذن المالك له فانكشف له كذب البائع في دعوى الإذن .

قوله ﷺ : **فهو كشاهد الزور ... إلى آخره .**

حين أن شاهد الزور إذا رجع بعد ذلك عن شهادته يغرم ما ضمنه المشهود عليه لأجل شهادته ، كما دلت عليه بعض الأخبار من جهة التغرير ، والغرض من تمثيل المصنف بيان أن قاعدة الغرور كما تجري في شهادة الزور أيضاً تجري في المقام لتساوي المقامين من هذه الجهة ؛ لأن شاهد الزور والبائع الفضولي كل منهما

قد أوقع المشهود عليه والمشتري في خطر الضمان .

ولا يخفى أن أخبار شاهد الزور موردها في ما لو أوجبت شهادته تلف شيء من المشهود عليه من نحو مال أو قطع يد أو قتل ، مع العلم بأنه ليس ذلك حقاً عليه، فتدخل تحت قاعدة من أتلف ؛ لأن الشاهد يكون سبباً ، لا تحت قاعدة الغرور ، خصوصاً مثل رواية الشهادة على السرقة أو الزنا ، ضرورة أن الغرور إنما يصدق فيما إذا كان ما غر به المغرور عن جهل منه بحيث لو كان عالماً لما تحقق مفهوم الغرور ، فحقيقة التغرير ليس إلا الإيقاع في الجهالة ، ومن المعلوم أن المشهود عليه بالزور لم يكن جاهلاً بما شهد عليه ، وإنما يضمن ما شهد به عليه ، أو يسلم نفسه للقطع أو القتل ، فبحكم الحاكم قهراً عليه لا بتخيل أن ذلك حق عليه عن جهل منه وغرر ، كما كان ذلك في المشتري المتصرف في المبيع المتخيل أنه حقه وفي وملكه .

نعم لو كان المشهود عليه زوراً جاهلاً ، كما لو ادعاه آخر بدين ، ولم يكن يعلم بأنه غير مدين أو مدين ، وشهد الشاهد على الدين ، فإنه يكون حينئذ مغروراً، إلا أن ذلك خارج عن مورد الأخبار .

والحاصل أن أخبار شهادة الزور لا تصلح دليلاً على قاعدة الغرور ، ولا قياساً لما في المقام ، والمسألة غنية عن التنظير ، فإن قاعدة الغرور من المسلمات ، ولا شبهة في جريانها في المقام .

ثم إن التقييد بما إذا رجع الشاهد عن شهادته ليس للاحتراز ، بل لبيان معرفة أنه شاهد زور ، كما هو مورد بعض الأخبار ، وإلا فالرجوع لا خصوصية له، فإنه متى ما علم أنه شاهد زور ولو من قرينة خارجة ، فإن المشهود عليه يرجع حقه .

قوله ﷺ : **مضافاً إلى ظاهر رواية جميل**[1] **أو فحواها ... إلى آخره .**

فالأول : بناء على أن الولد لا يعد منفعة مستوفاة لأبيه ، فتدخل هذه المسألة في محل الكلام .

والثاني : بناءاً على أنه منفعة مستوفاة ، فيكون المقام أولى ، فإن الرجوع فيما لا منفعة فيه أولى من الرجوع فيما فيه المنفعة ؛ لأن الضرر في الأول أكثر وأعظم ، ولهذا قال بعد ذلك : « وعلى التقديرين يثبت المطلوب » .

قوله ﷺ : **مع أن في توصيف قيمة الولد ... إلى آخره .**

لأن القيد إذا ذكر لا بد أن يكون لفائدة ، والموصوف مستغن عن التوضيح حتى يكون توضيحاً ، وليس محل توهم ؛ لأن يرجع قيمة الولد الواقعية فيما تكون قيمته الحقيقية أعلى أو اقل من القيمة التي أخذت منه ؛ لأنه إنما تضرر بمقدار ما أخذ منه ، فلا يكون القيد احترازياً ، فلم يذكر إلا للإستشارة إلى دخل كونه مأخوذاً منه على هذا النحو في الحكم ، فيكون كالعلة المنصوصة ، فتأمل .

قوله ﷺ : (في الرواية)[2] : **ولا كتبت عليه كتاباً ، ولا أخذت منه براءة بذلك ... إلى آخره .**

المراد أنه لم يكتب لي كتاباً بخصوص هذا الدين ، ولا براءة عن كل دين ، فإن المتعارف أنه إذا وفى المدين الدائن ، فإنه إما أن يكتب له بالوصول بهذا المال الخاص ، وإما أنه يكتب له على العموم أنه بريء الذمة عن كل دين ، ولم يتعرض لخصوص هذا الدين الخاص .

قوله [ﷺ] : **فأخذت بالمال .**

أي حكم الحاكم عليه بالمال ، لا أنه أخذ منه .

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٠٥ ، حديث ٥ من الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء (مصدر مذكور) .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٤٠ ، حديث ١ من الباب ٣ من أبواب عقد البيع وشروطه .

قوله [ﷺ] : أنجم معلومة .

اي أوقات معلومة ؛ لأن أنجم جمع نجم ، وهو الوقت الذي يحل فيه أداء الدين .

قوله [ﷺ] : قلت : « جعلت فداك » ... إلى آخره .

القائل هو الرواي ، وهو زريق .

قوله [ﷺ] : قال ﷺ : « له قيمة ذلك ، أو يكون » ... إلى آخره .

المستفاد من هذه العبارة من الرواية وما قبلها أنه كما أن المالك مخير بين إعطاء المشتري القيمة أو الصبر ، كذلك المشتري مخير بين أن يقلع ما غرس بنفسه، أو يأخذ القيمة ، فيكون تخيير المالك مشروطاً برضا المشتري المالك للغرس ، فلا يجوز له أخذه وإعطاؤه القيمة بدون رضاه ، كما أنه ليس للمشتري إلزام المالك بالصبر أو بتقبله .

قوله : ودفع النوائب ... إلى آخره .

ظاهره أنه يرجع في ذلك على المالك لا على البائع الغاصب ، مع أن ما صرفه في دفع النوائب نظير نفقة الجارية ، كما أن ما صرفه في مصلحه المعيشة والفرس ، نظير عمار[ة] الدار ، فهو داخل في المقام ، وهو ما إذا كانت الغرامة لم يحصل في مقابلها نفع ، فتخرج الصورة الأولى من هذا القسم الثالث عن حكم المقام ، فلا يحكم بالرجوع فيما صرف على العين ـ كالنفقة على الجارية ، والعمارة والـ... والـ... وأجرة النقل ...[1] ـ بالرجوع على الغاصب ، بل على المالك ؛ لهذه الرواية ، فإطلاق المصنف محل نظر .

نعم إلا أن يقال : أن كلام المصنف مخصوص بما إذا لم يكن ما خرج من المشتري عيناً موجودة ؛ لأن ذلك خارج عن قاعدة الغرور ، إذ مع وجود عين ما

---

(١) يوجد محل كلا فراغ منقط كلمة طمست بالحبر .

يملكه لا بد من رجوعه به على المالك ، وما خرج منه في دفع النوائب يعم العين الموجودة وغيرها ، وقاعدة الغرور تشمل ما خرج منه غير العين الموجودة ، والموارد الأخر مثل استيفائه للمنافع وغير ذلك ، فيقع التعارض بين قاعدة الغرور وبين هذه الرواية ، ولا ريب أن دليل قاعدة الغرور مقدم على هذه الرواية ؛ لتأييده بالإجماع ، فتدبر .

قوله : وفيه مع أنا نمنع ورودها.... إلى آخره .

أجاب المصنف عن سكوت الروايتين[1] عن بيان رجوع المشتري على البائع بثلاث اجوبة :

الأول : يعم الروايتين ، والثاني : يخص الأولى ، والثالث : يخص الثانية :

أما الأول : فحاصله أن السكوت في مقام البيان ليس هو الا عدم البيان ، لا بيان للعدم ، فلا يكون دليلا على العدم ، وحجة مع وجود الدليل ، فلا يكون معارضاً للدليل ؛ لأن أصالة الإطلاق يتوقف جريانها على عدم القرينة ، فيكون ورود الدليل قرينة رافعة لموضوع أصالة الإطلاق ، وبه يكون الدليل وارداً على أصالة الإطلاق ، فليست أصالة الإطلاق حينئذ جارية حتى تكون معارضة للدليل .

نعم لو كان الدليل في مقام بيان كل ماله دخل في المطلوب ، فإن عدم البيان حينئذ يكون بياناً للعدم في الحقيقة ، ويكون حينئذ معارضاً للدليل ، إلا أن إثبات أن الدليل كذلك ، دونه خرط القتاد .

ولكن لا يخفى أن القرينة التي تمنع من التمسك بالإطلاق هي القرينة المتصلة ، أما المنفصلة فلا ، غاية الأمر أنه ينعقد ظهور المطلق ، وتكون القرينة المنفصلة مقيدة للمطلق ، لا أنها رافعة لإطلاقه ، فتكون حاكمة لا واردة ، وعليه ينبغي

---

(١) اي رواية زرارة الآتي ذكرها من الشارح ، ورواية زريق المتقدمة .

حمل كلام المصنف من عدم المعارضة ، خصوصاً أن الإطلاق السكوتي ليس في قوة الإطلاق اللفظي ، وعلى كل حال فالمسألة واضحة .

وأما الثاني : فحاصله أن رواية زرارة[1] ظاهرها في مورد عدم تمكن المشتري من الرجوع على البائع ؛ لأنه اشترى الجارية في غير بلاده ، واستردها المالك بعد ذلك في بلاده ، وظاهره أنه لم يكن يعرف البائع ، ويشعر بذلك قوله : « اشتراها من سوق المسلمين » الظاهر منه عدم تعيين البائع ، ومن المعلوم أنه مع عدم معرفة البائع كيف يرجع عليه !؟

وأما الثالث : فحاصله أنه على تقدير القول بالرجوع بما غرمه للمالك في فرض رواية زريق[2] ، فإما أن يرجع على الورثة أو على القاضي ، ولا يصح له الرجوع على كل منهم .

أما الورثة فلأنه لم يكن هم المسلّطين له على مال الغير ، إذ لم يكن* هم البائعين ، (ولا تغرير منهم)[3] ، وأما رجوعه عليهم بمالهم ، كما في الرواية ، فليس له دخل في المقام كما هو واضح .

وأما القاضي ، فإنه وإن كان بائعاً ، إلا أنه إما أن يكون قضاؤه صحيحاً أو لا ، فإن كان قضاؤه صحيحاً فلا تغرير منه ، فكيف يرجع عليه ؟

وإن لم يكن صحيحاً ـ لأنه من المخالفين ـ فالظاهر أن المشتري عالم ببطلانه ؛ لأنه إمامي ، والظاهر أنه يعلم ببطلان قضاء المخالف ، فيكون البيع فاسداً .

وإذا كان المشتري عالماً بفساد البيع من جهة أخرى غير جهة الفضولية ، فسيأتي من المصنف ﷺ أنه لا رجوع حينئذ على البائع ، وسيأتي الكلام فيه .

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٠٤ ، حديث ٤ من الباب ٨٨ (مصدر مذكور) .

(٢) تقدم ذكرها .

(*) كذا .

(٣) كذا الظاهر ، وهو مطموس في الأصل .

ولكن لا يخفى أن استظهار أن المشتري كان عالماً بفساد القضاء، محل منع، فإنه إن كان لمجرد كونه إمامياً، فإنه ليس لازم ذلك العلم بهذا الحكم، وإن فرض كونه مشهوراً، وإن كان لمساق الرواية، فإن المستفاد من الرواية على العكس من ذلك، بداهة أنه لو كان عالماً بفساد البيع لما كان له حق فيما غرسه، مع أن الإمام أثبت له الحق.

قوله: **خصوصاً في بعض الموارد** ... إلى آخره.

كما في سكنىٰ الدار، فإن الضرر فيه أعظم من الضرر فيما لو كانت المنفعة عيناً استوفاها المشتري كالثمرة.

قوله: **لا يخلو عن شيء** ... إلى آخره.

لما عرفت من المصنف ﷺ من صدق الضرر في المقام؛ لأنه وإن وصل إليه نفع إلا أن المنفعة استوفاها بزعم أنها له مجاناً لدعوى الغار له، فلو كان البائع صادقاً في دعواه لما كان عليه خسارة قيمتها لو استوفاها، فخسارته لقيمتها ضرر أدخله عليه البائع بكذبه، فلا بد من رجوعه على البائع؛ لأنه هو الذي أضره.

قوله: **مضافاً إلى ما قيل عليه** ... إلى آخره.

القائل ـ كما قيل ـ: هو صاحب الجواهر ﷺ، ولا يخفى أن ظاهره التسليم لصاحب الرياض من عدم صدق الضرر في المقام، وإنما ناقشه في دعوى ابتناء قاعدة الغرور على الضرر، وان المستند فيها هو قوة السبب على المباشر.

وأورد عليه المصنف: أولاً: بأن صاحب الرياض لم يدع أن قاعدة الغرور مبتنية على قاعدة الضرر، بل هو يستفيد أن الدليل الدال على هذه القاعدة من الأخبار والإجماع مخصوص بصورة الضرر.

وثانياً: عدم ابتناء قاعدة الغرور على قوة السبب؛ لأن قوة السبب ليست

بنفسها دليلاً ، بل هي مبتنية على قاعدة (من أتلف ...) فإن صَدَق الإتلاف بقوة السبب فذاك ، وإلا فلا تصلح دليلاً .

ومن المعلوم أن الإتلاف إنما يصدق إذا كان صدور التلف من المباشر (لا)[1] يعد اختيارياً (وإلا فـ)[2] لا يعد منه إتلافاً ، ويكون كالآلة التي هي صرف موصلة للأثر ، وانما التلف يكون من اثار السبب .

وأما اذا كان التلف صادراً عن المباشر بالاختيار ، فيكون هو المتلف حقيقة ، وان كان بسبب غيره ، وعليه فلو كان المقام من قبيل قوة السبب ، فلا وجه لتغريم المشتري ؛ لأنه وان كان مباشراً الا انه صرف آلة ، فليس منه اتلاف ، فيكون كالمكره ، فلا بد ان نقول : بأن المالك لا يجوز له مطالبة غير البائع .

ولو كان المقام من قبيل الثاني ، فليس الاتلاف الا من المشتري ، فلا وجه لرجوعه على البائع بدليل الغرور المبتنية ـ بناءاً على هذا القول ـ على قوة السبب المبتنية على الاتلاف .

قوله : فلا بد من الرجوع بالآخرة ... إلى آخره .

هذا تفريع على جميع ما تقدم منه ﷺ من بطلان ابتناء قاعدة الغرور على الضرر ، وأن الضرر متحقق في المقام ، وعدم ابتناء قاعدة الغرور أيضاً على قوة السبب ، لا تفريع على كلامه الأخير ـ وإن كان هو ظاهر العبارة ـ حتى يرد عليه أن كلامه الأخير مبتن على تسليم صدق الضرر في المقام ، وأن دليل الغرور مختص بصورة الضرر ، وبطلان الاستناد إلى قوة السبب ، فكيف يستدل بعد ذلك بقاعدة الضرر ، وبالاجماع المدعى من الايضاح على تقديم السبب الأقوى ، فتدبر ؟!

قوله : ورجوع المحكوم عليه ... إلى آخره .

---

(١) كذا في الأصل ، والظاهر انها زائدة .

(٢) كذا الظاهر ، وما بين القوسين مطموس .

قد عرفت الكلام في شهادة الزور ، وقياس المقام عليها .

قوله ﷺ : **وفيه تأمل ... إلى آخره .**

لعله إشارة إلى المنع من صدق المنفعة على حرية الولد ، أو أشار إلى ما في تفسير صاحب المسالك لكلام المحقق ، فان المحقق في الشرائع بعد أن ذكر رجوع المشتري على البائع فيما لم يحصل في مقابلته نفع ، ثم ذكر في مسألة الولد الحر غرامة المشتري والرجوع على البائع ، ثم نقل قولاً في مسألة (الغصب)[1] بتخيير المالك بمطالبة المشتري والبائع ، قال : وفيه احتمال آخر[2] ، ولكن صاحب المسالك وجه الاحتمال بإلحاق عوض الولد بما حصل له نفع في مقابلته[3] .

والأقرب في مراد المحقق إراده التعبير بالرجوع على البائع ، ابتداءً في مقابلة التعبير بالرجوع على المشتري ، كما اختاره المحقق ، ومقابلة التخيير بمطالبته أيهما شاء ، كما نقله ، فيخرج كلام المحقق حينئذ شاهداً عن المقام .

قوله : **ثم إن مما ذكرنا ... إلى آخره .**

هذا شروع في الكلام على القسم الأول ، وهو ما كانت الغرامة لزيادة القيمة على الثمن .

قوله : **فإنه لا يرجع بعشرة الثمن ... إلى آخره .**

ليس المراد أنه لا يرجع بنفس عشرة الثمن التي اعطاها للبائع ، فإنه لا إشكال برجوعه عليه ؛ لأنها ماله قد اخذها منه البائع بغير حق ، بل المراد عدم رجوعه زيادة على رجوعه بعشرة الثمن بمثل عشرة الثمن ، بمعنى أن المشتري إذا غرم للمالك عشرين يأخذ من البائع عشرته التي أعطاها له ثمناً ، والعشرة الزائدة

---

(١) ما بين القوسين لم يظهر بالتصوير لوجوده على جهة الهامش .

(٢) شرائع الاسلام ٣ : ١٩٥ . وتراجع المسألة في الشرائع ٢ : ٨ وص ٥٣ . (مصدر مذكور) .

(٣) مسالك الافهام ٢ : ٢١٣ . ط . حجرية . (مصدر مذكور) .

على مقدار الثمن ، لا أنه يرجع بالعشرين التي أعطاها للمالك ، وبعشرة الثمن التي أعطاها له .

قوله : **والالزم تلفه من كيس البائع ... إلى آخره .**

لا يخفى أن الإحتمالات في المقام ثلاثة :

الأول : وهو الذي اختاره المصنف أنه يرجع بالعشرة[1] الزائدة على مقدار الثمن ، والعشرة التي بمقدار الثمن تخرج من كيسه .

الثاني : أنه يرجع بالعشرين جميعاً ، فيأخذ منه ثلاثين ، عشرين ما خسره للمالك ، وعشرة التي أعطاها للبائع ثمناً ، وأشار إلى ردّه بقوله : (وإلا) .

والثالث : أنه لا يرجع عليه إلا بالعشرة التي أعطاها ثمناً ، ولا يرجع بالعشرين جميعاً ، وأشار إلى ردّه بقوله : (ومما ذكرنا) .

وحاصل ما يوجه به الثاني : أن المشتري لم يقدم إلا على أداء نفس الثمن ، وأما القيمة الواقعية فلم يقدم عليها ، فهو مغرور بالنسبة إليها ، فلا بد أن يرجع على البائع في جميعها .

وأما عين الثمن فهو وإن أقدم عليه ، إلا أنه لم يمضه الشارع حتى يلزمه بشخصه ، والقيمة الواقعية لم يقدم عليها ، فكيون مغروراً في جميعها .

وتفصيل الجواب : أنه قد عرفت معنى الغرور ، وهو الإيقاع في الجهالة ، ومن المعلوم أن الثمن ليس هو العشرة التي أعطاها بشخصها ، بل هو كلي العشرة ، ولكن صدق الكلي بهذا الفرد ، فهذا المقدار الكلي ـ وهو العشرة ـ لم يكن يوقعه البائع فيها بالجهالة ؛ لأنه لو صدق البائع في دعواه لكان خاسراً لها ، وإنما أوقعه في الجهالة بخصوص العشرة الزائدة ، ويستكشف ذلك بأنه لو صدق البائع في دعواه لما خسر تلك العشرة ، فخسارتها إنما نشأت من كذب البائع ، فقد أوقعه فيها

(١) في الأصل : بعشرة .

بالجهالة ، وكان غارّاً له بخلاف عشرة الثمن ، فالغرور لم يتحقق إلا في العشرة الزائدة .

نعم لو قلنا بأن الثمن هو العشرة التي أعطاها بشخصها ، وهي التي وقع عليها البيع لا كلي قيمة العشرة ، لكان هذا التوهم في محله في الجملة ، إلا أنه ظاهر البطلان ، فإن البيع إنما يقع على قيمة العشرة بكلها ، ولهذا للمشتري أن يدفعه أي عشرة كانت من الثمن ، بالأوصاف التي وقع عليها العقد من كونها صحيحة ، ومن السكة الفلانية .

قوله ﷺ : **ومما ذكرنا يظهر اندفاع** ... إلى آخره .

هذا ، كما سمعت ، بيان لدفع الوجه الثالث ، وحاصل ما يوجه به أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين ، وكون تلفه منه ، ومن المعلوم أن المناط في الضمان في العقود الفاسدة هو الاقدام على الضمان لا على سبيل المجانية ، فلا بد أن يضمن قيمته الواقعية بلغت ما بلغت ؛ لأنه هي التي أقدم عليها بإقدامه على ضمان العين بقيمتها التي لها ، فلم يتحقّق من الغرور .

ولقد أجاب عنه المصنف بجوابين :

الاول : إن المشتري لم يكن مقدماً إلا على ضمان العين بالمسمىٰ الخاص ، لا على ضمانها بقيمتها الواقعية كيفما اتفقت ، وحيث إنه لم يقدم إلا على الضمان بالثمن المعين ، فيكون مغروراً في الزائد على المسمى .

فإن قلت : فعلى هذا لا وجه لتضمينه في العشرة الزائدة على الثمن وإرجاعه بعد ذلك على البائع ؛ لأنه لما كان المناط في الضمان هو الإقدام ، فهو كما قلتم لم يقدم إلا على الضمان بالثمن ، فأي معنى لرجوع المالك بالزائد عليه ؟! بل لا بد حينئذ أن يرجع به رأساً على البائع .

قلت : قد أشار المصنف إلى جوابه بقوله : « **إلا أن الشارع جعل القبض...**

إلى آخره ».

وحاصله : أنه وإن كان الإقدام إنما هو على خصوص المسمىٰ ، لكن الشارع جعل القبض للعين بالعقد الفاسد إذا كان مقدماً على ضمانها ولو بالمسمى، مضمنا له بقيمتها الواقعية ، بلغت ما بلغت ، فمتى قبض المشتري العين لا على نحو المجانية يكون ...[1].

(١) يلاحظ عدم الترابط مع ما بعده.

...[1] مالاً، ولذا انه يصح المصالحة عليه، بل وشؤون المعاملات، مثل البيع وأمثاله مما يقبله البدل.

والحاصل انه متى ما كان للعين وصف ذو مالية معتبرة عند الشارع، فهو لا بد أن يكون مضموناً كالعين، فيكون اللاحق ضامناً لبدل العين وبدل بدلها، غاية الأمر أن أحد الضمانين يسقط موضوع الضمان الآخر على ما تقدم توضيحه، فتدبر.

والثالث: أنه لو سلمنا ذلك ـ أي أن وصف كون العين مضمونة وذات بدل مقبوض بتبع العين ـ كان مقتضاه ضمانه لمالكه، وهو مالك العين، لا لمن عليه البدل، فإن البدل الذي في ذمة السابق إنما هو لمالك العين، فبدله وهو ما في ذمة اللاحق أيضاً يكون للمالك، وهو من له البدل، ولا وجه لكونه لمن عليه البدل، وهو: الضامن السابق، وهذا أيضاً واضح.

وجوابه يعلم من تقرير مراد المصنف سابقاً، فان اللاحق ان ضمن ابتداءاً، فلا يكون ضامناً إلا للمالك ليس إلا، وإن ضمن السابق للمالك، فلا بد أن يكون اللاحق ضامناً لمن عليه البدل، لا للمالك؛ وذلك لأن معنى ضمان البدل هو تدارك ذلك التدارك الحاصل من السابق، ولا يكون تداركاً له إلا بإعطائه لمن عليه البدل، وإلا لما كان تداركاً للتدارك، بل تداركاً بعد تدارك.

والحاصل: أن معنى ضمان البدل هو جبر ما فات من السابق، فكيف يعقل تحقق هذا المعنى بإعطاء بدل البدل للمالك؟! بل حقيقة لا يكون ذلك بدل البدل، بل بدل المبدل، والمفروض أنه ضامن لبدل البدل، ولا يحصل ذلك إلا بإعطائه لمن

---

(١) كذا يبدأ الموجود في هذه التعليقة، ويلاحظ فقدان بدايته، بقرينة ما يأتي.

عليه البدل .

والسر في ذلك أن سبب الضمان هو العدوان الحاصل من اللاحق ، فكما أن قبضه للعين عدوان بالنسبة إلى مالك العين ، كذلك يكون عـدوانـاً بـالنسبة إلى السابق .

أما عدوانه بالنسبة إلى مالك العين فواضح ؛ لقبضه ما يملكه بـلا مسـوّغ شرعي ، وأما عدوانه بالنسبة إلى السابق ، فلأنه لو كانت العين باقية في يد السابق لأمكنه أن يردها إلى صاحبها وتفرغ ذمته منها ، فلما قـبضها مـنه بـغير حـق ، وأوجب ذلك تلفها ، فقد فوت عليه ذلك ، وأوجب تنجز ضمان العين ببدلها على السابق .

فعدوانه هذا سبب ضمان بدل العين الذي تداركه السابق ، وأوجب جبر ما خسره بسببه ، وبعد كون ضمانه للبدل جبراً لخسارة السابق ، فكيف يكون ضامناً للمالك بدل البدل ؟!

الرابع : إن لازم ما ذكره أن يكون في مسألة ضمان الإثنين لواحد ـ بـناءاً على صحته للضامن الأول ـ الرجوع على الضامن الثاني إذا دفـع العـوض إلى المضمون له ، فإن الثاني قد ضمن ماله بدل في ذمة الضامن الأول ، مع أنه ليس له ذلك ، بل إنما يرجع إلى المضمون عنه لو ضمن بإذنه ، ولو كان متبرعاً فلا يرجع إلى أحد .

وأيضاً في ضمان العهدة وضمان الأعيان المضمونة ، إذا قلنا بجواز الرجوع إلى كل من الضامن والمضمون عنه ـ كما استظهره المصنف مـنهم ـ يـلزم جـواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا فرض رجوع المالك عليه ، ولا يمكن الالتزام به .

وجه اللزوم : أن الضامن إنما ضمن شيئاً له بدل في ذمة المضمون عنه .

وأيضاً بناءاً على مذهب العامة من كون الضمان : ضم ذمة إلى أخرى ، يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا رجع المالك عليه ؛ لأنه يصدق على الضامن أنه ضمن شيئاً له بدل ، لكن فيما إذا كان المال المضمون ثابتاً في ذمته من باب الغرامة ، بأن يكون متلفاً أو غاصباً ، أو نحوهما فضمن عنه الضامن ، ولا يمكن الالتزام به .

وجوابه : أن قياس هذه الأمور على المقام قياس مع الفارق ، فإن ضمان الاثنين لواحد وإن كان الثاني منهما ضامناً ما له بدل في الواقع ، لكن لم يضمنه بماله من الخصوصية الثابتة له ، بل إنما ضمن نفس المبدل ، وتعهد نفس درك العين لا بما لَها من الوصف ، ولم تكن العين مقبوضة له حتى يضمنها بما لَها من الوصف بمقتضى عدوانه بالنسبة إلى المالك والضامن الأول ، كما في مسألتنا .

والحاصل ان الفرق بين مسألتنا وهذه المسألة من وجهين :

الأول : إن الضمان في مسألتنا بسبب العدوان بالنسبة إلى المالك والسابق ، وفي هذه المسألة ؛ لصرف التعهد للمالك فقط ، ولم يكن متعهداً للضامن الأول ، ولو تعهد للضامن الأول أيضاً جبر ما يفوته بالتدارك وصححنا ذلك منه ، لكان أيضاً ضامناً لبدل البدل ، كمسألتنا بلا فرق .

الثاني : إن سبب الضمان في مسألتنا هو قبض العين الذي يكون به العدوان ، فلا بد أن يكون ضامناً لها بما لَها من أوصافها ، بخلاف هذه المسألة ؛ ضرورة أنه لم يكن للضامن يد على المال ، بل إنما كان ضمانه لصرف التعهد المقصور على درك العين فقط ، فليس مجرد ضمان العين التي لها بدل ـ وان لم يكن ذلك دخيلاً في الضمان ـ يوجب ضمان ذلك الوصف ، وهكذا الكلام في مسألة ضمان العهدة ، والأعيان المضمونة ، والضمان على مذهب العامة من ضم ذمة إلى أخرى ، فلا تغفل ...

الخامس : إنه إذا فرضنا أن العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت إلى السابق ، فتلفت في يده ، فالظاهر أنه لا يجوز للسابق حينئذ إذا رجع المالك عليه أن يرجع إلى اللاحق ، بل الأمر بالعكس ، لا من تلف في يده هو السابق بالفرض ، ولازم بيان المصنف ﷺ أن يكون له الرجوع عليه ؛ لأنه يصدق أنه ـ أي اللاحق ـ ضمن شيئاً له بدل ، بخلاف السابق .

ودعوى أنه بعد العود إليه يكون اللاحق سابقاً والسابق لاحقاً ، فيصدق على السابق الذي صار لاحقاً انه ايضاً ضمن شيئاً له بدل .

مدفوعة بأن الضمان انما حدث بإثبات يده الأولى ، وفي ذلك الحين لم يكن له بدل ، وبعد العود اليه لا يحدث ضمان آخر ، مثلاً إذا غصب عيناً وضمن ، فأعطاه غيره ، أو أخذ منه قهراً ، ثم رده ذلك الغير إليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانية ، بل الضمان الحادث أولاً باق ، وقرار الضمان حينئذ على الغاصب الأول إذا تلف المال في يده بعد العود اليه .

ولازم بيان المصنف ﷺ أن يكون القرار على الغاصب الثاني ، مع أنه لم يتلف في يده ، فتدبر .

والجواب : أنه كما قرر ﷺ من أن الظاهر انه لا يجوز للسابق ، إذا رجع المالك عليه ، أن يرجع على اللاحق إذا تلفت العين في يد السابق ، ولكن ليس فيه إشكال على المصنف ، فإن اللاحق إنما يضمن البدل إذا كان في قبضه للعين عدوان بالنسبة إلى السابق ، فإذا تلفت العين في يده أو في يد من اعطاها له يتحقق ذلك العدوان ، ويستقر الضمان .

وأما إذا أرجعها إلى السابق ، فإنه وإن كان العدوان بالنسبة إلى المالك متحققاً ، لكنه يرتفع بالسبة إلى السابق ؛ لأن المفروض أنه أرجعها إليه ، فلم يفوّت عليه شيئاً حتى يكون ضامناً للبدل لو ضمن السابق نفس العين ، فالمالك

على هذا يصح له الرجوع على اللاحق ، لكن لا وجه لرجوع السابق على اللاحق حينئذ لو رجع عليه المالك ؛ لارتفاع العدوان من اللاحق بالنسبة إلى السـابق ، وليس السر في عدم رجوع السابق عليه هو ما ذكره من كون اللاحق صار سابقاً ، والسابق لاحقاً ، حتى يشكل عليه بما سطره ، فتدبر .

وبقي إشكالان لا اهمية لهما ، ويعلم جوابهما مما قدمناه .

شرائط العوضين

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين والحمد له والصلاة على نبيه وآله[1].

الشرط الأول: المالية والملكية:

قوله ﷺ: يشترط في كل منهما كونه متمولاً، لأن البيع ... إلى آخره.

ينبغي أن يقال: إن هنا شرطين:

أحدهما: أن يكون كل من العوضين مالاً.

ثانيهما: أن يكون كل منهما ملكاً لمن انتقل عنه.

ولا شك أن أحدهما غير الآخر، وسيجيء.

أما اعتبار الأول، فلأن الغرض من البيع عند العرف الذي أمضاه الشارع المقدس هو سد الحاجة، وقضاء ضرورة المعاش وغيره، بمقتضى العادات البشرية ومدنية الإنسان، فمن كان عنده شيء من المال يبادله مع مال آخر عند غيره يحتاج إليه، وبهذا استقام الكون واستمر النظام الإنساني، فلا محالة لا يكون

(١) قد أرخ المصنف ﷺ هذه المجموعة من الأوراق بـ« يوم ١٠ ذي القعدة ١٣٦١ [هـ.] ».

متعلقاً لغرض العقلاء ، ويتوقف عليه النظام إلا المال وما فيه المنفعة دون ما هو مسلوب المنفعة قطعاً ، ولذا كان البيع لغة : « مبادلة مال بمال » ، كما هو في كل لغة ولسان ، ولا اختصاص له باللغة العربية .

وبهذا يظهر أن التعليل لاعتبار المالية في العوضين بتعريف البيع بأنه « مبادلة مال بمال » غير كاف في الاستدلال ؛ لأن الكلام ليس فيما هو الثابت لغة إلا أن يكون الغرض استكشاف المعنى العرفي للبيع الذي أمضاه الشارع ، فيفهم منه اعتبار المالية في العوضين شرعاً ، وإلا فالتعريف اللغوي لا يستكشف منه الاعتبار الشرعي .

بقي الكلام في المناط في مالية المال عرفاً ، فنقول :

المال عرفاً ما يتنافس على اقتنائه الناس ، ولا تعد المعاوضة عليه سفهاً ، والتنافس عليه لا بد أن يكون للحاجة إليه ، والمنفعة المعتد بها المنتظرة منه ، ولا يتمكن من اقتنائه من دون البذل عليه .

والحاجة اليه إما أن تكون طبيعية للبشر كالدار والعقار والحبوب ونحوها ، وإما أن تكون مجعولة كورق النقد والطوابع البريدية ، والمالية المعتبرة عند الحكومات في هذا العصر .

ثم الحاجة قد تكون عامة لجميع الناس ، وقد تكون خاصة بواحد من الناس ، ولكن ذلك الشخص يبذل على افراد كثيرة من ذلك الشيء مالاً معتداً به ، فيتنافس الناس على اقتنائه لأجل بيعه على ذلك الشخص ، فيتبايعون عليه .

ثم حاجة عامة الناس قد تكون دائمية ، وقد تكون في بعض الأوقات على نحو الكثرة أو نادراً ، ولكنها حاجة يعتد بها عند الناس ، كالأدوية والعقاقير .

أما ما لا تكون فيه حاجة أصلاً ، أو كانت نادرة مع كونه مبذولاً لا يعد حفظه لتلك المنفعة النادرة إلا سفهاً ، فلا يكون مالاً ، ولا يصح بذل المال بإزائه ،

كالخنافس والديدان .

نعم لو فرض أن الحاجة تعلقت بها في بلاد يندر وجودها فيها ، لا شك تعتبر مالاً يصح البذل عليه ، ولا يعد سفهاً ، بل لو كان الشيء فيه حاجة ضرورية لا يستغني عنها ، ولكنه مبذول للاقتناء مجاناً بما يفضل على الحاجة ، كالماء على النهر ، والحطب في الغابات ، فإنه لا يعد مالاً ، أما لو لم يفضل على الحاجة ، أو قصر عنها ، فإن نفسه يكون مالاً كالماء في المفازة ، والحطب في البلاد المتحضرة ، وكذا لو كان الشيء في زمان يحتاج إليه ، وفي زمان آخر لا يحتاج إليه كالثلج في الصيف والشتاء، فإنه تارة يكون مالاً ، وأخرى لا يكون .

ومنه يظهر أن مالية الشيء قد تختلف باختلاف المواضع والأزمنة لا وضعاً ثابتاً للشيء .

ويتحصل من ذلك كله أن مالية الشيء تتبع نسبة الحاجة إليه [و]إلى مقدار وجوده في أيدي الناس ، ولو عند بعض الناس دون بعض ، فإن كان مقدار الحاجة ووجوده متساويين ، أو كان مقدار الحاجة أكثر كان مالاً ، وباختلاف هذه النسبة ، تختلف قيمته ارتفاعاً وهبوطاً ، وإن كان مقدار الحاجة أقل من مقدار وجوده في أيدي الناس على وجه لا يبقى مجال للتنافس على اقتنائه ، كالماء على النهر ، لا محالة يسقط عن المالية .

ثم إنه كما يشترط أن يكون كل من العوضين مالاً عرفا ، يشترط أن يكون مالاً شرعاً ، فإنه إذا كان شيء له خاصية معتد بها عند الناس من حيث هم ناس ، لا بما هم متشرعون كالخمر والخنزير ، وقد نهى الشارع عنه وليس فيه خاصية أخرى محللة ، فإنه يسقط عن المالية شرعاً ، بل عرفاً أيضاً ؛ لأن الخاصية قد سقطت عن الاعتبار شرعاً ، فلا يعتبرها العرف لهذه الناحية ، فيعد بذل المال بإزائه سفهاً .

وأما اعتبار الشرط الثاني ـ أعني ملكية كل من العوضين ـ فللنبوي المرسل المشهور : « لا بيع إلا في ملك »[1].

وقيل : لا يعتبر في صحة البيع الملكية ؛ لثبوت جواز بيع الزكاة قبل أن يملكها المستحق بالقبض ، مع أنها الآن غير مملوكة لأحد ، وأمثالها كالخمس والأراضي المفتوحة عنوة ، ولثبوت جواز بيع ما يعود إلى المسجد مثلاً من خشب زائد ونحوه لصرف ثمنه على مصالحه ونحوه ؛ لأنه لا يتعقل في مثل المقامات فرض الملكية خصوصاً مثل المسجد ، باعتبار أن الملكية تستدعي الإحاطة والسيطرة من المالك .

وهذا كلام لا ينبغي الركون إليه ، فإن الملكية أمر اعتباري مجعول من المعتبر بالإنشاء ، وليست هي إلا الاختصاص ، فكما يصح جعل الاختصاص لشخص عاقل قادر على التصرف ، كذلك يصح جعله للجماد ، أو لجهة عامة من فقراء وعلماء وسادة ، أو مصالح جميع المسلمين ، كما في الأراضي المفتوحة عنوة ، أو لجهة خاصة من مصالح المسلمين ، كالمساجد والربط .

كل ذلك إذا كان في جعل الاختصاص مصلحة تدعو للاعتبار ، وعليه فنحن نقول بملك الجهة ، ولا مانع منه إلا تخيل أن الملكية عبارة عن السلطنة والقدرة على التصرف ، بينما ان ذلك من آثار الملكية المجعول لمن يصح منه ذلك .

أما ما لم يمكن كذلك كالجهة ، فآثار الملكية جواز صرف المملوك في مصالح تلك الجهة ؛ ولذلك لا بد من نصب متول للجهة قائماً عليها ، يكون هو المرجع في التصرفات ، فإذا كانت الجهة عامة فوليّها الإمام أو من ينصبه الإمام .

ومما يجب التنبه له أن الشيخ ﷺ لم يفرق بين اعتبار المالية والملكية في ظاهر عبارته الأولى ؛ ولذلك استدل على اعتبار المالية بالنبوي المرسل : « لا بيع إلا في

---

(١) المستدرك ١٣ : ٢٣٠ ، حديث ٣ من الباب ١ باختلاف يسير (مصدر مذكور) .

ملك » ، مع أن المالية والملكية أمران متغايران ، بينهما العموم والخصوص من وجه ؛ لصدق المملوكية على حبة الحنطة ، مع أنها ليست بمال عند العرف قطعاً ، كما اعترف به الشيخ نفسه ، ولصدق المال على المباحات الأصلية قبل أن يتملكها أحد ، أو على الكلي قبل استقراره في الذمة .

قوله ﷺ : وما لم يتحقق فيه ذلك فإن كان أكل المال في مقابله ... إلى آخره .

يريد ﷺ أنه إذا شك في كون الشيء مالاً فهو على ثلاث صور :

الأولى : أن يعد أكل المال في مقابله عرفاً أكلاً للمال بالباطل ، فرجح فساد المعاوضة ، وسره واضح ؛ لأن العرف إذا عدّ أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل ، فمعناه أنه لا يعتبر هذه المقابلة من البيع الصحيح عنده ، فلا تكون ممضاة من الشارع ، وإلا فنفس كون أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً لا يكون دليلاً على فساد المعاملة شرعاً ، ولكنه إذا فرض أن بناءهم على ذلك فليس إلا لأنه ليس مالاً عرفاً ؛ لأنه لا منشأ آخر يفرض في المقام لهذا البناء .

والثانية : أن يثبت دليل من نص أو إجماع على جواز بيعه ، ولا كلام في هذه الصورة .

الثالثة : ألا يثبت دليل على جواز البيع ، والعرف لم يعرف منه البناء على أن الأكل في مقابله أكلاً بالباطل ، فقد قال الشيخ : أنه يرجع إلى عمومات صحة البيع والتجارة ، أو خصوص المروي عن تحف العقول .

ولكن لا يخفى أن الرجوع إلى هذه العمومات لا يصح إلا بعد فرض أن المعاملة المشكوكة هي من البيع والتجارة عرفاً .

أما إذا فرض ـ كما هو المفروض في المقام ـ الشك في كون المعاملة بيعاً وتجارة عند العرف ، على وجه يعدّون المال في مقابل المبيع أكلاً بالباطل ، فلا معنى

للتمسك بعموم : ﴿ **أحل الله البيع** ﴾[1] لأنه هذا يكون من باب إثبات الموضوع بالحكم .

قوله ﷺ : **قبل اصطيادها** ... إلى آخره .

أي الوحوش والأسماك ، وقيّدها بذلك ؛ لأنها بعد الاصطياد تكون مملوكة لمن اصطادها ، وكان ينبغي تقييد الماء والكلأ بـ« قبل الحيازة » على نسق الوحوش والأسماك .

قوله ﷺ : **واحترزوا أيضاً عن الأرض** ... إلى آخره .

إن كان المراد من الملكية التي جعلوها شرطاً هي الملكية الخاصة الشخصية التي هي المنصرف من إطلاق الملك ، فلا يكون ذلك احترازاً عن الأرض المفتوحة عنوة ، كذلك[2] تكون احترازاً عن الوقف مطلقاً والزكاة والخمس، وامثال ذلك ، فلا حاجة للتقييد بكون الملك طلقاً لإخراجها .

وإن كان المراد من الملكية معنى أوسع من ذلك ـ وهو مطلق الاختصاص المجعول لرقبة الأرض ، أو غيرها من الاموال ، وإن لم يستتبعها جميع آثار الملك من السلطنة التامة على جميع التصرفات ـ فلا يكون احترازاً عن الارض المفتوحة عنوة ؛ لأنها مملوكة بنحو خاص من الملكية على ما سيأتي من المصنف ﷺ ، فيحتاج حينئذ إلى قيد زائد لإخراجها ، كما صنعوا في إخراج الوقف وغيره ، فلا يخلو ما ذكره المصنف وجهاً لإخراج الأرض المفتوحة عنوة باشتراط الملكية من شوب الأشكال .

والحاصل أن للملكية مراتب خمسة ، تختلف آثارها باختلافها :

الأولى : الملكية بالمعنى الأخص ، وهي الملكية المطلقة لكل شخص

---

(١) البقرة : ٢٧٥ .

(٢) كذا .

شخص، المستتبعة لملكية الانتفاع، والمنفعة، وللارث، وللسلطنة بالتصرف بجميع أنحائه، فلو تعدد المالكون كان لكل شخص جزء معين على نحو الإشاعة.

الثانية: ملكية الوقف الخاص من قبل الموقوف عليه، فيملك الانتفاع به ومنفعته، وإن كان لا يورث ولا يتصرف به على نحو ينافي الوقف.

نعم منفعته تورث ويتصرف بها كسائر التصرفات في الملك المطلق.

الثالثة: ملكية الوقف العام الذي يعم نوعاً خاصاً كالعلماء، أو المسلمين، أو اهل بلدة خاصة، أو مذهب خاص، وهو على حسب الوقف، فإما أن يكون لجميع الأفراد على نحو الاستغراق، أو لفرد على نحو البدل، أو لصرف وجود الطبيعة، سواء كان بفرد أو بأفراد، وهو كالوقف الخاص من جهة الاختصاص، وإنما يملك الانتفاع والمنفعة.

الرابعة: ملكية الزكاة والخمس، وهو ملك لصرف وجود النوع، كنوع الفقراء، والمساكين، والمؤلّفة قلوبهم، وبني هاشم على وجه يكون النوع مصرفاً له، فيملكه من قبضه منهم.

الخامسة: ملكية الأراضي الخراجية على القول بأنها مملوكة لجميع المسلمين، كما هو الظاهر من الأدلة على ما سيأتي، والذي ثبت من الأدلة في ترتيب الأثر لهذه الملكية أن تصرف حاصُلاتها في مصالحهم جميعاً، ولا يورث هذا الملك، كما لا يورث في الأقسام الثلاثة السابقة.

وقد يقال: إنه لو كانت ملكاً لجميع المسلمين على نحو الإستغراق، لكانت بينهم على نحو الإشاعة، فيملك كل واحد منهم جزءاً مشاعاً، فيتصرف فيه كما يتصرف في سائر املاكه.

ولكنا نقول:

أولاً: لما كان يمتنع حصر المسلمين، بل وحصر الأراضي، فلا يمكن تعيين

حصة كل منهم ، فلا بد من صرف حاصلها في مصالحهم العـامة ، عـلى أنـه لا اختصاص لها بالموجودين ، فنقع في امتناع آخر من جهة لزوم تجديد القسمة في كل آن يولد فيه مولود ، وفي كل آن يموت فيه ميت ، والمواليد والوفيات يمتنع أيضاً حصرها عادة ، فمتى يمكن أن يستوفي أحد من المسلمين حصته من الأراضي ؟!

ومنه يتضح : أنه لا يمكن جعل مثل هذا الحكم ـ أعـني إشـاعة الأراضي المفتوحة عنوة بين المسلمين ـ وان فرض في زمن خاص إمكان حصر المسلمين ومواليدهم ووفياتهم ، وحصر الأراضي ؛ لأن الامتناع في الزمان يكون كالحكمة لعدم جعل هذا الحكم ، ولجعل حكم آخر ، وهو صرفها في مصالحهم ، والحكمة لا يجب أن تطرد .

وثانياً : إن الملكية ليست أمراً حقيقياً له آثار ثابتة ذاتية ، فإذا لم تترتب تلك الآثار يكشف إنّاً عن عدم الملكية ، بل هي ـ كما قلنا ـ أمر اعتباري جعلي ، وآثارها مجعولة أيضاً ، فيجوز أن تكون للملكية في مقام آثار مجـعولة لم تكـن مجعولة في مقام آخر ، بل المجعول آثار أخرى ، فترتيب الآثار لا بد أن يتلقىٰ من الشارع المقدس ، وهي تختلف حسب اختلاف مقامات الملكية .

قوله ﷺ : **الأول ما يكون مواتاً بالأصل ... إلى آخره .**

الكلام في الموات بالأصل من جهات :

الأولى : إنها لمن ؟ أهي ملك للإمام أم من المـباحات الأصـلية ، كـالماء والكلأ والطير والسمك ؟

والمجمع عليه عند الإمامية أنها للإمام ، ومن الأنفال .

الثانية : بعد كونها ملكاً للإمام ، هل يجوز التصرف بالإحياء بدون إذنه ؟

لا شبهة بجواز التصرف في الجملة إجماعاً ، ولما ثبت من إذن الامام بذلك .

الثالثة : أن الذي يجوز له التصرف بالإحياء خصوص الشيعة ، أو يعم جميع

المسلمين ، أو يعم حتى الكافرين ؟

في كل من ذلك روايات ، والمعمِّمة نص في العموم ، مثل صحيحة محمد بن مسلم : « سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ، فقال : ليس به بأس » ... إلى أن قال : « أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض ، أو عملوه ، فهم أحق بها ، وهي لهم »[1] ، فلا يقبل التخصيص بالروايات المخصصة في الشيعة ، أو في مطلق المسلمين ؛ لأنها ليست نصاً في نفي الإباحة عما عداهم ، كما في النبويين المذكورين في المتن : « ثم هي لكم مني أيها المسلمون »[2] ، او « ثم هي لكم مني »[3] ، وكذلك الرواية المخصصة بالشيعة ، كمصححة عمر بن يزيد : « كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له ... »[4] .

ولا شك أن الظاهر يحمل على النص ، فلا بد أن يكون التخصيص بالمسلمين أو الشيعة لجهة أخرى .

أما التخصيص بالمسلمين ، فيجوز أن يكون لأن الخطاب معهم ، وأما التخصيص بالشيعة فلبيان أن الغرض الأصلي من الإذن هم الشيعة ، ولما امتنع الاذن لهم بالخصوص عمّم الحكم لجميع من أحياها ، فيكون ذلك من باب حكمة التشريع التي لا يجب فيها الاطراد .

ومن المعلوم أن تخصيص الحكم بخصوص الشيعة لا يترتب منه الغرض ، فإن الأرض التي لم يحيها الشيعة لو لم تكن ملكاً لمن أحياها لما جاز للشيعة

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١١ ، حديث ١ من الباب ١ من إحياء الموات (مصدر مذكور) .

(٢) لم نعثر على حديث يتضمن هذه الجملة ، ولكن في المستدرك حديث صدره متفق مع صدر هذا الحديث المذكور في المكاسب وهو « موتان الأرض لله ورسوله » ... وأما ذيله فختلف . راجع المستدرك ١٧ : ١١١ حديث ٢ من الباب ١ .

(٣) المستدرك ١٧ : ١١٢ حديث ٥ من الباب ١ .

(٤) الوسائل ٩ : ٥٤٩ ، حديث ١٣ من الباب ٤ من أبواب الأنفال . لكن في الأصل «لهم» بدل : «له» . والظاهر انه سهو القلم . وفي الصفحة الآتية يذكر « فهي له » دون « فهي لهم » .

التصرف في غلاّتها ومنافعها بالشراء أو غيره ، مع أنه لا يمكنهم الاستغناء عن غلات ومنافع الأرضين المحياة من قبل غيرهم ، فيتوقف حلية الأرض الموات للشيعة على حليتها لكل من احياها .

الرابعة : إن الأرض الموات ، هل يملكها المحيي مجاناً ، أو يجب عليه أداء خراجه إلى الإمام ؟

يظهر من بعض الأخبار ذلك ، كما نقله الشيخ ﷺ في المتن ، ولكن لما كانت هذه مما أعرض عنها الاصحاب ، فلا تكون حجة ، والإجماع محقق على عدم وجوب الخراج .

الخامسة : إن الإحياء ، هل هو سبب للملك كالحيازة في المباحات الأصلية، أو أنه يجعل الحق للمحيي في الأرض ؛ فلا يجوز لغيره التصرف فيها ، ويملك منافعها ؟

المعروف هو الأول ، وسيأتي البحث عنه في القسم الثالث للأرض ، وهي التي عرضها الإحياء بعد موتها الأصلي .

قوله ﷺ : **وعليه يحمل ما في النبويين ... إلى آخره .**

إنما قال : وعليه يحمل ـ مع أنهما ظاهران في الاباحة للمسلمين ، فلا حاجة إلى الحمل ـ فلعل نظره إلى أن التمليك فيهما مطلق غير مخصوص بصورة الإحياء ، فلابد من حملها على صورة الإحياء ؛ لثبوت كون الأرض الموات من الأنفال .

قوله ﷺ : **فهي له وعليه طسقها ... إلى آخره .**

الطَسْق على وزن فلْس ، كما عن المجمع[1] ، ومعناها ـ كما في النهاية ـ : الوظيفة من خراج الأرض المقررة عليها ، ثم قال فيها : « وهو فارسي معرب »[2] .

---

(١) الشيخ فخر الدين الطريحي : مجمع البحرين ٥ : ٢٠٦ ط . المكتبة المرتضوية (ايران) ـ دون تاريخ .

(٢) ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث والأثر ٣ : ١٢٤ ط . اسماعيليان (قم) سنة ١٣٦٧ شمسي الموافق

ولا يخفى أن ظاهر قوله ﷺ : « فهي له »[1] أنه يملك رقبة الأرض بالإحياء ، ويجب عليه الخراج ، كما أن الظاهر من قوله ﷺ في صحيحة الكابلي : « وله ما أكل منها »[2] أن المملوك هو ما أكل ، فله ظهور في عدم مملوكية رقبة الأرض .

ولكن يمكن حمل الصحيحة على المصححة ، فتدل هذه الأخبار : على أن أرض الموات تملك بالإحياء ، ويجب فيها الخراج ، فتكون حجة في الملك بالإحياء، وإن كانت غير حجة بالنسبة إلى وجوب الخراج ؛ لإعراض الأصحاب عنها من هذه الجهة .

إلا أن يقال : إن لازم دلالتها على وجوب الخراج دلالتها على عدم ملك الرقبة ؛ لأن الخراج هو أجرة الأرض ، فيصرف ذلك ظهور الصحيحة عن ملكية الأرض بالإحياء ، فتكون أيضاً مما أعرض عنه الأصحاب من هذه الجهة ، والأحسن في تأويلها ما ذكره الشيخ في المتن : من أنها لبيان الاستحقاق ، لا الوجوب الفعلي ، فلا ينافي عدم وجوب الخراج فعلاً .

قوله ؒ : ولا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار ... إلى آخره.

الظاهر أن هذا المطلق لا بد أن يحمل على مثل هذا المقيد ؛ لأن القيد وان سلمنا غلبته ، إلا أن المقام مقام تحديد ، ففيه مفهوم أن ما عدا ما ذكر في الرواية ليس من الأنفال ، ولما قيد الأرض بالميتة ، فيدل بمفهومه : أن الأرض العامرة بالأصالة ليست من الأنفال ، وحمل القيد على وروده مورد الغالب يحتاج إلى دليل، وليس هذا من باب حمل المطلق المثبت على المقيد المثبت ، بل تقييد المطلق

١٤٠٩هـ. ق .

(١) في مصححة عمر بن يزيد المتقدمة .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ ـ ٤١٥ حديث ٢ من الباب ٣ من إحياء الموات (مصدر مذكور) .

بالمقيد النافي ؛ لأن تقييده إنما هو بالمفهوم لا بالمنطوق ، كما أنه ليس هذا المفهوم حجيته منوطة بحجية مفهوم الوصف ، بل لقرينة المقام ، وهو التحديد .

والحاصل فرق بين أن يقول القائل : « أكرم هاشمياً » ، و « أكرم هاشمياً عالماً » ، فإن الثاني لا يقيد الأول ، وبين أن يقول : « الواجب إكرامه هو الهاشمي » ، ثم يقول : « الواجب إكرامه هو الهاشمي العالم » ، فإن المقيد الثاني له مفهوم : أن الهاشمي غير العالم لا يجب إكرامه ، فيقيد إطلاق المطلق ؛ بخلاف الأول ، فإنه لا يصلح لتقييد المطلق ، فلا بد من حمله على شدة الاهتمام أو استحبابه أو الغلبة .

ومقامنا من قبيل الثاني لا الأول ؛ لأن الرواية حصرت الأنفال في ما ذكر فيها ، التي من جملتها : كل ارض ميتة لا رب لها .

على ان كلمة « ميتة » إنما هي قيد للأرض في نفسها ، وليس الموات من الأرض أغلب من العامرة ، وإنما الأغلبية للارض التي لا رب لها الميتة ، وقيد لا رب لها إنما جاء متأخراً بعد تقييد الأرض بالميتة .

وإنما يصح فرض الأغلبية فيما إذا فرض أن تقيد الأرض بـ« لا رب لها » ، ثم تقيد « بالميتة » ، إذ تكون الأرض التي لا رب لها على قسمين : قسم غالب : وهو الميتة ، وقسم نادر : وهو العامرة .

إذا عرفت ذلك : فمقتضىٰ حصر الأنفال فيما ذكرته بعض الأخبار ، خروج الأرض العامرة التي لا رب لها من الأنفال ، فيحتاج اعتبارها من الأنفال إلى دلالة دليل بالخصوص ، وليس .

وأما الإجماع فغير محقق ، وقد ذكر بعضهم أن هذه المسألة غير محررة في كلمات الأصحاب ، فكيف يستكشف اجماعهم ؟!

فالأقوى أنها من المباحات الأصلية التي تملك بالحيازة .

قوله ﷺ : وان كانت العمارة من معمر ، ففي بقائها على ملك معمرها

أو خروجها عنه وصيرورتها ملكاً لمن عمرها ثانياً، خلاف معروف.

ينبغي في تحرير البحث هنا ان يقال: إن في المقام مسألتين:

الأولى: أن تكون الموات من الأراضي مملوكة قبل موتها بأحد أسباب الملك غير الإحياء، كالشراء، والعطية، ونحوهما، ثم عمرها معمر، فهل هذا المعمر يملكها بالإحياء، أو أنها باقية على ملك مالكها الأول، فيستحق على الثاني أجرة الأرض؟

فعن العلامة في التذكرة أنها لا تملك بالإحياء بلا خلاف، ونحن لم نر قولاً صريحاً لأحد بملكها بالإحياء.

الثانية: أن تكون مملوكة قبل موتها بالاحياء، بمعنى أنها ماتت وهي في ملك من أحياها، ولم تنتقل لأحد ببيع ونحوه، فلو احياها آخر ففي ملكه لها بالإحياء، أو بقائها على ملك معمرها الأول، خلاف معروف، كما قال المصنّف.

وغرض المصنف البحث هنا عن هذه المسألة الثانية، ولم يتعرض للأولى، وعلى كلٍ، فقد اختار العلامة في التذكرة وجماعة ممن تأخر عنه: أنها تصير ملكاً لمن عمرها ثانياً.

وقيل لم يعرف الخلاف في ذلك قبل العلامة، والأرجح والأوفق بالجمع بين الأخبار هو هذا القول؛ لأن الروايات في الباب على طوائف ثلاث:

الأولى: صحيحة معاوية بن وهب؛ «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها، وكرى أنهارها، وعمرها، فإن عليه الصدقة - أي الزكاة - فإن كانت أرض لرجل قبله، فغاب عنها، وتركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله ولمن عمرها»[1].

وهذه الصحيحة مطلقة بالنسبة إلى المالك الذي تركها فخربت، سواء كان

---

(١) الوسائل ٢٥: ٤١٤ حديث ١ من الباب ٣ (مصدر مذكور).

ملكه بالإحياء أو بغيره ، وهي تدل على أن الثاني يملكها بالإحياء ، ولا معنى لاحتمال أنها للأول الذي عمرها ؛ لأنه ليس فيها فرض أن الأول عمرها ، بل فرضها أن الأول قبل المعمر الثاني قد تركها فأخربها ، من دون دلالة على أنه كان أحياها .

والعجب أن يدّعي صاحب الجواهر أنها لم يفرض فيها السؤال عن وجود شخص آخر عمرها ، مع أن صدر الرواية مع كلمة قبله صريح في فرض وجود شخص ثان قد عمرها .

الثانية : رواية سليمان بن خالد : « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة ، فيستخرجها ، ويجري أنهارها ، ويعمرها ، ويزرعها ، ماذا عليه ؟

قال : الصدقة ، قلت : فان كان يعرف صاحبها ، قال : فليؤد إليه حقه »[1] .

والمراد بتأدية الحق ، ليس إلا تأدية أجرة الأرض ، وهذا دليل على أنها لا تزال على ملك مالكها الأول ، ولم يملكها الثاني ، وهي مطلقة بالنسبة إلى المالك الذي تركها ، سواء كان ملكه بالإحياء أو بغيره ، فهي معارضة لصحيحة معاوية على نحو التباين ؛ لأن تلك تجعل ملك الارض للمعمر الثاني مهما كان ملك الأول للأرض بالإحياء أو بغيره ، وهذه لا تجعل له الملك ، وإنما تبقى على ملك الأول مهما كان سبب ملكه ، الإحياء أو غيره .

ولازم هذا التعارض أن يتساقطا ، ولكن يمكن العمل بهما معاً بحملهما على :

الطائفة الثالثة : وهي صحيحة الكابلي ، ففيها : « فمن أحيىٰ أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي ، وله ما أكل منها ، فإن تركها وأخربها ، فأخذها رجل من المسلمين من بعده ، فعمرها وأحياها ، فهو

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٥ حديث ٣ من الباب ٣ من إحياء الموات (مصدر مذكور) .

أحق بها من الذي تركها »[1] .

فقد خصت هذه الصحيحة بما إذا كان المالك الأول ملكها بالإحياء ، فتحمل عليها صحيحة معاوية ، وتخص رواية سليمان بما إذا كان السبب المملك للمالك الأول غير الإحياء ، وهذا جمع عرفي لا بأس به ، وهو خير من الطرح ، وإن كانت هذه صحيحة الكابلي لا يعمل ببعض مضمونها من جهة وجوب الخراج ، ولكن ذلك لا يضر في حجيتها ، كما هو واضح .

وبهذا يظهر أنه لا مجال لاستصحاب ملكية المالك الأول مع وجود الدليل على أن الشك في المقام من قبيل الشك في المقتضي ، فلا يجري الاستصحاب حتى مع عدم الدليل ؛ لأنه يجوز أن يكون الإحياء سبباً للملك ما دامت الحياة ، فلا يكون سبباً حدوثاً وبقاءاً .

وبعبارة أخرى : يجوز أن يكون موضوع الملك هي الأرض المحياة بما هي محياة ، لا الأرض بما هي رقبة أرض ، فالشك فيه يكون شكاً في اقتضاء الإحياء لدوام الملك بعد موت الأرض .

ولو سلمنا جريان الاستصحاب ، فلا ينفع في المقام ، فإنه حتى لو علمنا ببقاء ملك المالك الأول إلى حين الموت ـ إذا دل الدليل على أن الإحياء من الثاني يكون سبباً للملك ـ فلا مانع من الالتزام بأن الأرض بالإحياء تنتقل من ملك الأول إلى الثاني ، ولا حاجه إلى الالتزام بأن الموت مبطل لملك الأول ، كما قيل بضرورة هذا الالتزام لمن يقول بملك الثاني بالإحياء ، فإنه مع دلالة الدليل ، لا مانع من الالتزام بانتقال الملك بالإحياء .

ولا يستغرب ذلك ، ومثله واقع في الشريعة ، فإن اللقطة للأشياء الحقيرة مملكة للملتقط ، مع أنها إلى حين الالتقاط هي في ملك المالك الأصلي ، وليس

(١) حديث ٢ من المصدر السابق .

بنفس الضياع تنتقل منه ، وليس هذا من باب القياس ، بل الغرض منه التمثيل لرفع الاستغراب ، فتدبر .

قوله ﷺ : **للمسلمين كافة إجماعاً ... إلى آخره .**

قد تقدم نحو ملكية المسلمين للأرض المفتوحة عنوة بأنْ تُصرف في مصالح المسلمين ، فمن كانت في يده قد تقبلها ممن يجب أن يتقبلها منه ، يجب عليه أداء خراجها على ما تقبلها ، وخراجها هو الذي يصرف في مصالحهم .

وهذا ما لا شبهة فيه ، كما لا شبهة في عدم جواز بيعها ، ولا نقلها بأي نحو من أنحاء النقل ؛ لأنها ليست ملكاً لمن هي في يده « ولا بيع إلا في ملك »[1] ، كما تقدم .

وكذلك بيعها تبعاً للآثار ، بمعنى أنها تكون جزءاً للمبيع إلا أن يبيع الأولوية ، وحق الاختصاص ، والاستثمار إذا كان مأذوناً في نقل هذا الحق .

والحاصل أن الأرض المفتوحة عنوة لما كانت ملكاً لجميع المسلمين على النحو الذي ذكرناه ، فمقتضى القاعدة أنه لا يجوز لأحد التصرف فيها بنحو من أنحاء التصرف ؛ لحرمة التصرف في مال الغير .

ولكن الإمام عليه السلام باعتبار كونه ولي المسلمين ، فهو الذي يتصرف بها لصرفها في مصالحهم فقط ، ولا يجوز لغير ذلك .

فإذا أذِن لأَحد بالعمل فيها بأجرة يؤديها ، فلا يجوز له أن يسلّمها لغيره ببيع حقه فيها ليعمل فيها الغير بالأجرة المفروضة ، أو يتصرف فيها التصرفات الأخرى ، إلا إذا كان له عموم الإذن ؛ لأن الأصل فيمن استأجر شيئاً لينتفع به المنع من إيجاره لآخر ، ومن التصرفات الأخرى ، إلا إذا كان مأذوناً بذلك .

فينبغي أن يتكلم هنا في عموم هذا الإذن لبيع الحق ، والتصرفات الأخرىٰ

---

(١) المستدرك ١٣ : ٢٣٠ ، حديث ٣ من الباب ١ (مصدر مذكور) .

في الأرض في زمان الحضور ، أو في زمان الغيبة ، سواء كان الآذِن الإمام عليه السلام أو نائبه ـ بناءاً على عموم ولايته ـ أو السلطان الجائر ، بناءاً على أن الإمام قد أذِن لمن يأذن له السلطان .

هكذا ينبغي تحرير النزاع في جواز التصرف : أنه هل هناك إذن عام بجميع التصرفات ، حتى التصرف بنقل حق الاختصاص والأولوية إلى الغير ، أو أنه لا يجوز التصرف إلا فيما يتعلق باستثمار الأرض من غرس ونحوه ؟

ظاهر عبارة المبسوط التي نقلها المصنف في الكتاب المنع من التصرفات مطلقاً ، بناءاً على انه هو حكم الاصل .

وهذا صحيح أنه هو حكم الأصل ، ولا حاجة إلى حمله على زمان الحضور ، وعدم الإذن من الإمام عليه السلام كما صنع[1] المصنف .

لكن الكلام في أنه : هل هناك مخرج عن هذا الأصل باستفادة عموم الإذن من الروايات ، وقد فصّل في الدروس بين حال الحضور ، فلا يجوز إلا بإذن من الإمام ـ وهذا على القاعدة ـ وبين حال الغيبة فيجوز التصرف ؟

قلت : المعروف من ذوق الشارع في الأراضي الخراجية ألاّ تبقى عاطلة لا يعمل فيها أحد ، بل المرغوب فيه له أن ينتفع بها العاملون فيها ، وينتفع من خراجها المسلمون في مصالحهم العامة ، بل المحبوب له أن تعمر جميع أصناف الأرض حتى الموات ؛ لتعم الفائدة ، وتقوى شوكة المسلمين .

فإذا أذن الإمام ، أو من يقوم مقامه ـ الذي إذنه من إذن الإمام ـ لأحد من الناس بالقيام بعمارة الأرض الخراجية ، فليس لخصوصية في شخص المأذون ، بل إنما هو للمصلحة العامة ، التي قد يقوم بها غيره من هو مثله ، أو أقوى منه على عمارتها .

---

١ ـ في الأصل زيادة : من .

فيفهم من ذلك أن الإذن بتعمير الأرض لمن تقبلها لا يختص بشخصه بما هو شخصه الخاص كما يتفق ذلك لمن يؤجر أملاكه الخاصة على شخص معين ، بل بما هو يقوم بعمارتها ويقوى عليها .

فإذا أراد هذا المتقبل ان يحوّل هذا الحق من نفسه الى غيره ممن يقوم بعمارتها بثمن او بغير ثمن ، ليس فيه منافاة للغرض من إذن الإمام .

ولذا قال الإمام عليه السلام في رواية صفوان التي ذكرها المصنف : « لا بأس يشتري حقه منها ، ويحوّل حق المسلمين عليه ، ولعله يكون أقوى عليها ، وأملأ بخراجهم منه »[1] .

فإن المفهوم من الرواية بعد المحاورة التي في صدرها : أنه لا مانع من بيع الحق ما دام حق المسلمين محفوظاً ، وهي دليل على أنه لا يحتاج كل تصرف إلى إذن خاص ، ما دام خراج المسلمين مؤمناً محفوظاً .

ويشهد لذلك رواية محمد بن مسلم : « قال : سألته عن ذلك قال : لا بأس بشرائها ، فإنها إن كانت بمنزلتها في أيديهم يؤدي عنها كما تؤدي عنها »[2] .

وتؤيده صحيحة محمد بن مسلم : « قال : سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ، فقال : ليس به بأس ، وقد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على أهل خيبر فخارجهم على ان تترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها ، وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض ، أو عملوه فهم احق بها »[3] .

حيث جعل نفس ثبوت الحق مناطاً لجواز الشراء من ارض اليهود والنصارى ، مستدلاً بما فعل النبي مع أهل خيبر .

---

(١) الوسائل ١٥ : ١٥٥ حديث ١ من الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو . (مصدر مذكور) .
(٢) حديث ٣ من المصدر السابق .
(٣) حديث ٢ من المصدر السابق .

وغرض الإمام عليه السلام الاستدلال على ثبوت الحق لليهود والنصارى فيما عمروه من الأرض بفعل النبي صلى الله عليه وآله ، إما بعد ثبوت الحق فيظهر أن من المفروغ عنه عند السائل جواز البيع ، وهذا يكشف عن أن من المسلمات عند المسلمين أنه يجوز لمن له حق في شيء من الأرض أن يتصرف ، فيبيع حقه منها لغيره ، أما باقي التصرفات الأخرى التي لا تضر بخراج المسلمين ، ـ لا سيما الراجعة لمنفعة القائم على الأرض ، كالبناء والغرس ـ فجوازها بطريق أولى ، ولا يفرق فيه بين زمان الحضور أو الغيبة .

فالمتحصل من جميع ذلك أن المرجح : هو عموم الإذن في التصرفات التي لا تضر بمصالح خراج المسلمين ، سواء كان في زمان الغيبة أو الحضور ، وسواء كان الآذن الإمام أو نائبه ، أو السلطان الجائر في موقع اعتبار إذنه .

بقي الكلام في أن التصرف إبتداءاً في الأرض الخراجية ، الذي يثبت به حق الاختصاص ـ بعد تعذر تقبلها من الامام عليه السلام وأخذ الإذن في زمن الغيبة منه ـ على أي شيء يتوقف جوازه ؟ على إذن الحاكم نائب الإمام ؟ أو السلطان الجائر ؟ أو لا يتوقف على شيء ؟ أو يفصّل بين القائمين على عمارتها ، أو بين الأرضين ؟ أو لا يجوز أصلاً ؟

فيه وجوه خمسة ، ذكرها المصنف ، ورجح ثالثها في عبارته ، وهو توقفها على إذن الحاكم نائب الإمام ، بناءاً على ما يختاره من عموم ولاية المجتهد الحاكم ، ونيابته عن الإمام ، على أن الثابت من الولاية هو اعتباره حاكماً ، لا يجوز رد حكمه وما يلحق بذلك ، لا ولايته على كل ما يتولاه الإمام .

وأما توقفه على إذن السلطان ، فينبغي القطع بعدمه لا سيما فيما لا يقع تحت سلطانه من الأرض ؛ لأنه بعد أن نعتبره ظالماً غاصباً لحقوق الإمام ، وتحرم إعانته والركون إليه بأي شكل من الأشكال ، كيف نربط جواز التصرف بإذنه ؟!

وأكثر ما ثبت جواز تقبل الأرض منه وتسليمه الخراج تقية ، أو حفظاً لوحدة المسلمين وجامعتهم ؛ لعلمنا أنا مأذونون بذلك ، وأين هذا من حرمة التصرف بدون إذنه واقعاً بيننا وبين الله ، ولو في أطراف الارض خارجاً عن سلطانه ؟!

وأما جواز التصرف مطلقاً بناءاً على إباحتهم لشيعتهم ، فمن الواضح أن ما أُبيح للشيعة هو خصوص ما يرجع إلى ملك الإمام ، أما في الأراضي الخراجية التي هي ملك للمسلمين فلم تثبت إباحتهم لها ، وإذا أُبيح الخراج ، فلا يلزم إباحة نفس التصرف في الأرض .

إذا عرفت ذلك فلم يبق إلا أن نقول بعدم جواز التصرف في الأرض الخراجية مطلقاً ، ذلك التصرف الذي يثبت به حق الاختصاص ، ولكن من جهة أخرى نكاد نقطع أنه ليس من مذاق الشارع المقدس ، كما سبق ، أن تبقى الأرض مهملة بلا عمارة ، وبلا استفادة أحد منها ، وإذا تعذر تقبلها من الإمام وأخذ الإذن منه ، فنحتمل إناطة الإذن برخصة نائب الإمام ، أو السلطان ، أو شيء آخر .

ومقتضى قاعدة الاحتياط التوقف في التصرف حتى يحصل ما نحتمل دخله في الإذن ، أما رخصة السلطان ، فنكاد نقطع بعدم التوقف عليها ، بخلاف رخصة نائب الإمام فإنه من المحتمل احتمالاً قريباً من الواقع دخلها في الإذن ، فلا بد أن نقول بدخلها في الإذن ، ولكن لا لثبوت عموم ولايته ، بل لقاعدة الاحتياط .

وإذا تعذر أخذ الإذن من نائب الإمام ، فنحتمل دخل إذن عدول المؤمنين ؛ لما هو معروف نظيره في الشرع من قيامهم مقام نائب الإمام ، عند ما يعلم بضرورة تنفيذ شيء يحتاج إلى الإذن مما يتعلق بمصالح المسلمين الدنيوية ، ولم يتمكن من أخذ الإذن منه ، فقاعدة الاحتياط حينئذ تقتضي أخذ الإذن من عدول المؤمنين ، وإذا تعذر ذلك ، فيجوز التصرف مطلقاً بلا توقيف على شيء ،

هذا ما يقتضيه الحق في المقام ، والله[1] العالم .

قوله ﷺ : **لما يظهر من قوله ﷺ للمخاطب في بعض أخبار حِل الخراج**... إلى آخره[2] .

قوله ﷺ : **بل يدل عليه استمرار السيرة خلف عن سلف على بيع الأمور المعمولة** ... إلى آخره .

لم تثبت السيرة على بيع ما هو من أرض الخراج مع عدم تعيين الأراضي الخراجية في العراق ، فيجوز أن يكون استمرار التصرف لجهل الأرض المأخوذ منها الطين بكونها خراجية ، أو لمعلومية كونها ليست خراجية ، والأراضي التي يؤخذ منها الطين للآجر ونحوه غالباً من الأراضي الموات .

وعلى كل حال لا ينبغي التوقف من بيع الآجر ونحوه ؛ لعدم معلومية الأراضي الخراجية بشخصها في العراق ، فضلاً عن غير العراق ، فتدبر جيداً .

---

(١) في الأصل : وأنه .

(٢) في الأصل يوجد بعد هذا المتن بياض يسع خمسة أسطر تقريباً .

اعتبار كون الملك طلقاً في العوضين

قوله ﷺ : **والمراد بالطلق تمام السلطنة على الملك ... إلى آخره .**

إن من الواضح أن وصف الطلق من أوصاف المال المملوك ، لا من أوصاف المالك ولا الملكية ، ولذا جعلوه من شروط العوضين ، فلا وجه لتفسيره بتمام السلطنة على الملك تارة ، وبأن يكون المالك مطلق العنان اخرى ، الذي يرجع إلى جعله وصفاً للملكية في الأول ، ووصفاً للمالك في الثاني ، بل المراد به حسب ظاهر كلمة الطلق واشتقاقها ، وحسب ظاهر كلمات القوم ، كون المال مطلق العنان ، بمعنى عدم تعلق لغير المالك فيه ، مثل : حق الجناية ، وحق الرهانة ، فلا مانع إذاً من جعله شرطاً مستقلاً ، ويتفرع عليه ما ذكر من الفروع ، مثل : عدم صحة بيع الوقف ، وأم الولد ، وما تعلق به حق الرهن ، والجناية .

أما اعتبار هذا الشرط فمن القضايا التي قياساتها معها ؛ لأنه إذا تعلق للغير حق مراعى عند الشارع في مال ، فلا بد[1] لا يصح للمالك التصرف به كيف يشاء على وجه ينافي حق صاحب الحق ، كالبيع ونحوه رعاية للحق الثابت ، وإلا لما كان ذلك الحق مراعى ومعتبراً شرعاً ، ولهذا يظن أن هذا الشرط منتزعاً ، وليس شرطاً مستقلاً .

---

(١) كذا .

وأما ما ذكره المصنف ﷺ من إرجاع هذا الشرط إلى اشتراط أن يكون متعلق البيع مما يصح للمالك بيعه مستقلاً ، وهذا لا محصل له ؛ لأن هذا عبارة أخرى عن أنه يشترط في المبيع صحة بيعه ، وهذا من رد الصدر على العجز .

ففيه : أن كل شرط يرجع بالآخرة إلى اشتراط صحة المشروط ، من باب رجوع الملزوم إلى لازمه ، فإن لازم كل شرط في البيع أنه يصح للمالك بيعه معه ، على أن اعتبار الطلقية ليس مختصاً بخصوص التصرف بالبيع ، بل كل تصرف في المال من شأنه منافاة حق الغير في المال ، لا يجوز ما لم يكن المال طلقاً سالماً من حق لغير المالك يمنع من التصرف ، مثل التصرف بالهبة ، والإجارة ، والصلح عليه ، والرهن ، ونحو ذلك .

قوله ﷺ : ـ أي قول صاحب المقابيس في تعداد الحقوق المانعة ـ : **وتعارض السبب المملك والمزيل للملك** ... إلى آخره .

بأن كان الأب حربياً أيضاً ، فقهره ابنه الحربي على استرقاقه وبيعه فيملكه بالقهر ، وإذا ملكه انعتق عليه ؛ لأنه أبوه ، فيتعارض السبب المملك والمزيل للملك، وهذا يمنع من صحة بيعه ، بل من استرقاقه .

[في بيع] الوقف

قوله ﷺ : لا يجوز بيع الوقف إجماعاً ... إلى آخره .

قد استدل على عدم صحة بيع الوقف : بأن حقيقة الوقف هو إيقاف الشيء في محله ، وجعله ثابتاً لا يزول ، كالإيقاف الخارجي للشيء الخارجي ، وتثبيته على نحو لا يزول كالبناء ونحوه ، فإنشاء الوقف هو اعتبار هذا المعنى ، الذي من تمام معناه الدوام والثبات ، فيكون إيقافاً وتثبيتاً وحبساً اعتبارياً ، كإنشاء البعث بالصيْغة الطلبية ، فإنه اعتبار للبعث والتحريك الخارجيين ، فإذا أمضىٰ الشارع هذا الاعتبار كان ثابتاً وواقفاً بحكم الشارع حتى يزول بحكم الشارع أيضاً ، فلذلك لا يجوز بيع الوقف إلا بإذن من الشارع ؛ لأن جواز البيع مناف لحقيقة الوقف المنشأ الذي أمضاه الشارع .

هكذا ينبغي تقرير هذا الاستدلال الذي نقل عن المرحوم السيد كاظم اليزدي في ملحقات العروة[1] .

فلا يرد عليه ما قيل في تقريرات بعض اعاظم مشايخنا ﷺ : في أن مجرد كون المنشأ وقف الشيء لا يقتضي لزومه ، وعدم جواز بيعه من الواقف أو الموقوف

---

(١) الملحقات ج ٢ : ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣ (منشورات مكتبة الداوري) قم . دون تاريخ .

عليه، فإن الهبة تمليك من المتهب، مع أنه يجوز الرجوع فيه[1].

وجه عدم وروده: أن اللزوم والثبات من تمام معنى الوقف، لا أنه معنى زائد على المنشأ، حتى يحتاج لزومه إلى دليل آخر غير دليل الإمضاء، بخلاف الهبة التي معناها* التمليك مجاناً، فإنه ليس من تمام معناها الثبات، واللزوم، حتى ينافي معناها جواز الرجوع فيها.

وأما ما أفاده لإصلاح هذا الدليل بعد إيراده، فلا ينهض لإثبات المدعى، فإنه قال: نعم لو انضم إلى ذلك أمران، أحدهما: بالنسبة إلى الواقف، وهو خروج العين عن ملكه، فرجوعها إليه يحتاج إلى الدليل.

وثانيهما: بالنسبة إلى الموقوف عليه، وهو أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، فليس لغيره التبديل[2] انتهى موضع الحاجة.

لأنا نقول: أما بالنسبة إلىٰ الواقف، فهو مبني على أن الأصل في العقود هو اللزوم.

وأما بالنسبة إلى الموقوف عليه، فيتوقف على تمامية دلالة الخبر: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»[3]، وهذا الخبر ناقش في دلالته على المدعى نفس السيد الذي جعل هذا الخبر توجيهاً لكلامه.

ووجه المناقشة: أن المنصرف من «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»، هي الشروط والقيود التي يعتبرها الواقف، لا لزوم الوقف وعدم جواز بيعه، ولذلك كان جعله دليلاً مستقلاً، كما صنع المصنف ﷺ محل إشكال.

---

(١) تقريرات الميرزا محمد حسين النائيني (بقلم الشيخ موسىٰ الخونساري): منية الطالب ١: ٣٤٤ـ ٣٤٥ ط النجف ١٣٥٨ هـ.

(*) في الأصل: معناه.

(٢) المصدر المتقدم ص٣٤٥.

(٣) الوسائل ١٩: ١٧٥ حديث ١ من الباب ٢ من الوقوف والصدقات (مصدر مذكور).

قوله ﷺ : **فإن الظاهر من الوصف كونها صفة ... إلى آخره .**

ذكر المصنف ﷺ احتمالين لوصف الصدقة بقوله ﷺ : « لا تباع ولا توهب »[1] :

الأول : إنها صفة لنوع الصدقة ، وبهذا الاحتمال يتم الاستدلال ، ورجحه على الثاني .

بيانه : أن الظاهر من توصيف الصدقة بأنها لا تباع ولا توهب ، بيان الفصل المقوّم لنوع هذه الصدقة ، فيكون ذكر الصدقة من قبيل الجنس ، ولا تباع ولا توهب من قبيل الفصل لنوع هذه الصدقة ، وما ذلك إلا تعبير ثان عن الوقف ، فبدل أن يقول : « وقفت داري » ، قال : « تصدقت بها صدقة لا تباع ولا توهب »، يعني « جعلت داري من نوع الصدقة الخاصة التي من حقيقتها وشأنها أنها لا تباع ولا توهب » ، ومن المعلوم إذا كان المقصود من الوصف بيان حقيقة هذه الصدقة وهي الوقف يتم الاستدلال بهذا الخبر .

وليس غرض المصنف أن « صدقة » مفعول مطلق لبيان النوع ، كما توهمه بعضهم ، وغرّ هذا البعض ورود كلمة النوع في كلامه ، وإنما غرضه النوع الذي هو من الكليات الخمسة ، وقد صرح به بعد ذلك ، إذ قال : مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً ، ولا معنى لأن يراد من الصدقة المفعول المطلق ، وهي ليست بمصدر ، ولهذا وصفت بأنها لا تباع ولا توهب ، وهل يصح وصف المصدر بأنه لا يباع ولا يوهب ؟! ثم أي دخل في المقصود إذا جعلنا كلمة صدقة مفعولاً مطلقاً لبيان النوع ، وإنما المدار في وصف كلمة صدقة بقوله : « لا تباع ولا توهب » ، هل هو من قبيل الفصل لنوع من الصدقة الذي هو الوقف ؟ .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٨٦ حديث ٣ من الباب ٦ من الوقوف والصدقات .

الاحتمال الثاني : أن يكون الوصف وصفاً لشخص هذا الوقف ، فيكون شرطاً خارجاً عن حقيقة النوع ، وإنما اعتبر في شخص هذا الوقف المحكي عنه ، فكون هذه الصدقة لا تباع ؛ لأنه أنشأها واعتبرها كذلك ، لا لأن نوع هذه الصدقة ليس من شأنه وحقيقته البيع ، وقد بعّد المصنف هذا الاحتمال من ظاهر التوصيف .

وقد ذكر له مبعّدين ، غير ما ذكره أنه* من المخالفة للظاهر :

الأول : أنه لو كان هذا الوصف شرطاً في شخص هذه الصدقة لاقتضىٰ تأخره عن ركن العقد ، أعني الموقوف عليه ؛ لأن الأصل في الشرط في العقد أن يتأخر عن أركانه إذ أنه اعتبار فيه زائداً على حقيقته ، لا تسيما أن هذا الشرط على تقدير كونه شرطاً إنما هو اشتراط على الموقوف عليهم ، ألّا يبيعوا ولا يهبوا ، فالأولى أن يتأخر في الذكر عن الموقوف عليهم .

الثاني : أن الظاهر من قوله ﷺ : « لا يباع ولا يوهب »[1] أنه لا يباع مطلقاً ، مع أن جواز البيع عند طرو المسوغات ثابت في الشريعة ، فيكون اشتراط عدم البيع مطلقاً من باب الشرط المحرم حلالاً ، المخالف للمشروع فيكون فاسداً ، بل مفسداً .

وقد أجاب المصنف عن هذا بأن الإطلاق منصرف إلى خصوص البيع لا لعذر ، فلا يكون مخالفاً للمشروع كانصراف رواية ابن راشد[2] .

مضافاً إلى أن هذا التقييد بعدم العذر لا بد منه ، سواء كانت صفة « لا يباع ولا يوهب » فصلاً للنوع أو اشتراطاً خارجياً ؛ لأنه لو كانت فصلاً ، لا بد أن يراد

(*) في الأصل كلمة مطموسة قدرناها : (أنه) ويحتمل كونها : (أولاً) .

(١) الوسائل ١٩ : ١٩٩ حديث ٣ من الباب ١٠ من الوقوف والصدقات ، الحديث طويل ، وجملة الشاهد في وسط صفحة ٢٠١ .

(٢) الوسائل ١٩ : ١٨٥ حديث ١ من الباب ٦ من الوقوف والصدقات .

منه عدم جواز البيع في صورة عدم العذر المسوغ .

على أنه على تقدير أن تكون الصفة شرطاً خارجياً يمكن إيقاؤها على إطلاقها ، بخلاف ما إذا كانت فصلاً ، وذلك عندما يفرض أن الإمام كان عالماً بعدم طرو مسوغات البيع في خصوص داره التي وقفها ، فيمكن أن يبقى الوصف على إطلاقه ويستغنى عن تقييده على تقدير كونه شرطاً ، ولا بد من تقييده على تقدير كونه فصلاً ؛ لانه حينئذ لا يختص بشخص هذا الوقف .

هذا حاصل ما أفاده المصنف ، ولكن الإنصاف أن يقال : إن جواز البيع عند طرو المسوّغات لا يكون من قبيل التقييد ؛ لإطلاق عدم جواز البيع ، الثابت للوقف بما هو وبعنوانه الأولى ؛ لأن طرو الاعذار من الانقسامات اللاحقة للوقف، فلا يشملها إطلاق أحكام الوقف بما هو في نفسه ، كما إذا حكمنا بإباحة شيء من حيث هو مطلقاً ، ولكنه قد يجب ؛ لانطباق عنوان إطاعة الوالد عليه ، فإن دليل وجوب الإطاعة لا يكون مقيداً لدليل إباحة الشيء في نفسه ؛ لأنه ليس شاملاً للانقسامات اللاحقة ، فلا مانع من إبقاء الصفة على إطلاقها في عدم جواز البيع إذا كانت فصلاً للنوع ، بخلاف ما لو كانت شرطاً خارجياً ، فإنها تكون اعتباراً خاصاً لشخص هذا الوقف ، لا حكماً ثابتاً للوقف بما هو في نفسه ، ودعوى الانصراف حينئذ إلى خصوص البيع لا لعذر ، لا منشأ لها .

ومن هنا يظهر أن ما أفاده صاحب المقابس ﷺ من التمسك باطلاق المنع عن البيع ، بناءاً على كون الوصف داخلاً في أصل حقيقة الوقف صحيح من ناحية التمسك بالإطلاق ، لكن لا على أن يكون إطلاقه شاملاً حتى للانقسامات اللاحقة، كما هو غرضه الأصلي ، حيث جعل ذلك من جملة الوجوه على بطلان بيع الوقف مطلقاً ، حتى مع العذر ، فانظر كلامه في حجة المانعين عن بيع الوقف مطلقاً .

فتحصل من جميع ما ذكرناه : أن أدلة المنع عن بيع الوقف ، لا مانع من

إبقائها على إطلاقها، وإنما تكون محكومة لأدلة جواز البيع عند طرو المسوّغات، بخلاف ما لو اشترط واقف في وقفه عدم جواز البيع حتى مع طرو المسوّغ، فإنه يكون مخالفاً للمشروع، وليس كلام الإمام عليه السلام في حكاية وقفه إلا كسائر صور الوقف التي يكتبونها الناس في بيان أوقافهم، فلو كان الوصف المذكور شرطاً خارجياً لكان مخالفاً للمشروع، ولا تكون الأدلة المسوّغة للبيع عند العذر حاكمة عليه، بل هي تكون مخلة في مصبّه؛ لأن المفروض أنه اعتبار خاص في الوقف الشخصي مع فرض ثبوت جواز البيع عند المسوّغات بدليلها، فلذا يكون هذا الوقف الخاص الذي أطلق فيه عدم جواز البيع مخالفاً لهذه الأدلة، لا هي حاكمة عليه[1].

بخلاف ما لو كان فصلاً للنوع، فإنه يكون بياناً لحقيقة الوقف، ويكون من الأدلة على حكم الوقف في نفسه، فتحكم عليه الأدلة المسوّغة للبيع عند العذر.

قوله: ومما ذكرنا ظهر أن المانع من بيع الوقف أمور ثلاثة ... إلى آخره.

لم يتضح كيف ظهر مما سبق أن المانع هذه الأمور التي ذكرها، فإن الروايات ليس فيها إشارة، ولا في كلامه ﷺ ما يقتضي ذلك، وعلى كل ففي ثبوت هذه الحقوق الثلاثة إشكال، فضلاً عن كونها مانعة.

أما حق الواقف، فلأن الواقف إنما ملّك الموقوف عليهم على اختلاف البطون على نحو لا يباع، فقد خرج المال الموقوف عن يده وملكه، فأي معنى لبقاء حقه فيه، وكونه صدقة جارية ينتفع بها، فانتفاعه بنفس جعلها صدقة جارية، وعلى تقدير ثبوت هذا الحق، فلا يمنع من بيع الموقوف واستبداله بشيء يكون صدقة جارية، ولعله يكون أعوَد في النفع فيزيد انتفاع الواقف إذا كان نماء

---

(١) هذه الفقرة من قوله: « ولا تكون » ... الى قوله « هي حاكمة » كتبت على الهامش.

البدل أكثر من أصل الموقوف .

وأما حق البطون اللاحقة ، فلأن المعدوم لا يمكن أن يثبت له الملك فعلاً ، كذلك لا يمكن ثبوت الحق له فعلاً ، وأما جعل الملكية على تقدير انعدام الطبقة السابقة ، فهو ملك تقديري ، ولا يقتضي ذلك ثبوت حق لهم فعلاً ، وعلى تقدير ثبوت الحق فلا يمنع من بيع الموقوف ليستبدل عنه بشيء آخر يعود إلى البطون اللاحقة .

وأما حق الله تعالى ، فقد عبر عنه المصنف ﷺ بالتعبد الشرعي ، وهو خلاف المعهود والمصطلح من كون الحق بمعناه يقابل الحكم ، فلا معنى لجعله نفس الحكم ، وتسميته حقاً على نحو التسامح والتوسع في التعبير ، هو معنى آخر أجنبي عما نحن بصدده من كونه حقاً لله كسائر الحقوق لا يجوز التعدي عنه .

والحاصل أن اعتبار الشارع للتقرب والتعبد حكم لا حق ، على أن كونه مما يعتبر فيه التعبد والتقرب لا يقتضي عدم جواز البيع ، فإن المعتبر فيه التقرب هو إنشاء الموقف من الواقف ، وهو أجنبي عن جواز بيع الموقوف عليه وعدم جوازه .

نعم الذي يقتضي عدم جواز البيع هو حكم الشارع بعدم الجواز ، وهذا واضح عدم كونه حقاً ، بل لا معنى لكونه حقاً بأي معنى يفرض للحق .

قوله ﷺ : **ثم إن جواز البيع لا ينافي ... إلى اخره** .

تقدم أن حقيقة الوقف هو إيقاف الشيء وجعله ثابتاً ، فإنشاء الوقف هو اعتبار هذا المعنى ، فإذا أمضى الشارع هذا الاعتبار كان الوقف ثابتاً لا يزول ، بحكم الشارع ، إلى أن يزول بحكمه أيضاً . وليس جواز البيع في الحقيقة إلا جعله ممكن الزوال والخروج عن المحل الذي وقف عليه ، لا أنه بالجواز يزول عما هو عليه ، وهذا يكون كتضعضع البناء الواقف الثابت الذي به يكون ممكن الزوال ، فإذا صدر البيع زال عن محله ، وإلا فلا معنى لكون الجواز مزيلاً له ، وإلا فإلى أي

محل آخر ينتقل ؟!، أفيعود إلى ملك الواقف ولا يقول به احد ؟!

والحاصل أن الحكم بجواز البيع هو تخصيص لدليل الإمضاء، لا ابطال للوقف، وهذا لا ينافي ما قلناه: إن الثبات واللزوم من تمام معنى الوقف، ومن مقتضيات ذاته، فإن ثباته شرعاً إنما هو بمقدار ما يدل عليه دليل الإمضاء، فإذا كان دليل الإمضاء مخصصاً بدليل جواز البيع، فيكون ثابتاً شرعاً حتى يحصل المسوّغ للبيع.

نعم يبقى شيء، وهو أن بيع البائع للوقف عن نفسه عند المسوغ يتوقف على كونه مملوكاً له ملكاً مطلقاً قبل صدور البيع؛ لأنه « لا بيع إلا في ملك »[1]، ولأن حقيقة المبادلة تقتضي ذلك، وإلا كيف يدخل الثمن في ملكه ؟!، وعليه فلا يعقل أن يكون سبباً لزوال الوقف، وهو يتوقف على زواله.

ولعله إلى هذا نظر صاحب الجواهر[2] ﷺ، وإن كان ظاهر عبارته: أن جواز البيع يتوقف على بطلان الوقف، لا نفس البيع. وهذا الإشكال سار في جملة من الموارد، كتصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بالتصرفات المتوقفة على الملك، وكتصرف الواهب فيما وهبه وما إلى ذلك.

ولكن لا يخفى أن جواز بيع الوقف تارة يكون لتبديله بشيء آخر يكون وقفاً أيضاً، واخرى يكون عن نفس البائع، فان كان الأول، فلا يحتاج في صحة البيع إلى انتقاله إلى البائع على أن يكون ملكاً طلقاً له، بل البائع إنما يكون كالولي أو الوكيل مع فرض بقاء المبيع على ما هو عليه إلى حين صدور البيع، ومعنى بيعه: تبديله بثمن يكون في مقامه، وحالاً محله، وهو ينتقل إلى محل الثمن، ثم الثمن إذا

---

(١) الميرزا النوري: مستدرك الوسائل ١٣: ٢٣٠ حديث ٣ من الباب الأول. (مصدر مذكور).

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ٢٢: ٣٦٨ ط. دار الكتب الاسلامية (طهران) سنة ١٤٠٠ هـ.

اشترى به شيئاً يكون هذا الثمن الثاني وقفاً أيضاً وحالاًّ محل الثمن الأول، وهكذا الوكيل لو باع شيئاً عن الموكل بثمن، ثم اشترى بالثمن شيئاً آخر فإن[1] المثمن الثاني يدخل بنفس العقد في ملك الموكل، ولا حاجة إلى عقد جديد، فالبيع الأول يقتضي دخول الثمن في ملكه، والثاني يقتضي دخول المثمن الثاني في ملكه أيضاً.

وعلى هذا القياس ما نحن فيه، فان وقوع المثمن الثاني وقفاً لا يحتاج إلى عقد وقف جديد، ولذا قيل: إن نفس التبديل كاف لوقوع البدل وقفاً على حسب ما كان عليه الموقوف الأول، ولا يحتاج إلى عقد وقف جديد.

وإن كان الثاني، وهو ما إذا كان البيع عن نفس البائع، بأن يدخل الثمن في ملكه أو في ملكه وملك شركائه في الوقف، فلا بد من القول بانتقاله قبل البيع إليه حتى يصح بيعه عن نفسه تحقيقاً لمفهوم المبادلة التي هي حقيقة البيع، كما تقدم في عقد الفضولي بسط الكلام فيه، ولكن لا يلزم أن يبطل الوقف بنفس حكم الشارع بجواز البيع، بل لا بد دفعاً للضرورة أن تقدر بقدرها، فيقال: بانتقاله إليه قبل البيع آناً ما، كما نقول في نظائره في سائر المقامات، وقد تقدم معنى ذلك في مبحث المعاطاة، فراجع.

بل على مسلك الشيخ المصنف ﷺ في وقف الطبقات أنه تمليك لطبقة فطبقة، فالطبقة الموجودة هي المالكة فعلاً، فتبيع ما هو ملكها، غاية الأمر أن للطبقات اللاحقة حقاً في المبيع على ما يراه ﷺ، ولكن لازم دلالة الدليل على جواز البيع سقوط هذا الحق بحكم الشارع.

قوله ﷺ: **المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه ... إلى آخره.**

تقدم تحقيق مفهوم الوقف أنه إيقاف للشيء وتأبيده اعتباراً، ولازمه المنع عن البيع، فليس المنع مأخوذاً في مفهومه، ولكنه لازم مفهومه الذي لا ينفك عنه،

---

(١) في الأصل: فإنه.

والى ذلك يشير كلام صاحب كشف الغطاء المتقدم الذي نقله المصنف ، ولكن ـ كما قلنا في الحاشية السابقة ـ أن جواز البيع لا يستلزم بطلان الوقف ، بل يكون دليله مخصصاً لدليل الامضاء .

قوله ﷺ : **إذا عرفت أن مقتضى العمومات ...** إلى آخره .

ينبغي أولاً تحرير الأصل في الأوقاف الذي قد يختلف باختلافها ، فنقول : الوقف على أنحاء خمسة :

(الأول) : ما يكون من نوع تحرير الرقبة ، فيكون إخراجاً للشيء عن المالية ، وعن المملوكية ، نحو تحرير رقبة ألعبد بعتقه ، وهذا ما كان من قبيل وقف المشاعر ، كالمساجد وأشباهها ، وقد يلحق بها مثل الحسينية ، وهي المحل الموقوف لإقامة الشعائر الحسينية .

(الثاني) : ما يكون من قبيل المباحات ، فيجعل كسائر المباحات ينتفع بها كل أحد ، كالخانات الموقوفة في منازل الطرق والقناطر ونحوها ، فتكون كماء النهر يستقي منه كل أحد ، وهذا بحكم الأول من حيث كونه تحريراً .

(الثالث) : ما يكون وقفاً عاماً على جهة مخصوصة كالمدارس الموقوفة لسكنى طلاب العلم ، وليس في هذا القسم تحرير لرقبة الموقوف ، وقد تلحق بهذا القسم الحسينية .

(الرابع) : ما يكون وقفاً خاصاً ، كوقف الذرية سواء كان مؤبداً أو منقطعاً .

(الخامس) : ما يكون وقفاً للوقف كحصير المسجد ، وضيائه ، ونحوهما فيكون بمنزلة الوقف الخاص لشخص معين ، ويكون المسجد بمنزلة الموقوف عليه .

فإن كان الوقف من قبيل الأول ، فلما كان من قبيل تحرير الرقبة وخارجاً عن ماليته ، فلا يصح بيعه وعوده مملوكاً ؛ لأنه ليس مالاً ، ولذا أنه لا تضمن منفعته لو غصبت ، ويلحق به الثاني ؛ لأنه غير مملوك لأحد وإنما يباح به التصرف

كسائر المباحات ، وهو لا تضمن منفعته أيضاً كالاول .

وأما الأقسام الثلاثة الباقية ، فوزانها واحد من كون الوقف فيها مملوكاً للموقوف عليه ، سواء كان الجهة كما في الثالث ، أو الأشخاص كما في الرابع ، أو الوقف كما في الخامس ، ولما كان الموقوف فيها باقياً على ماليته لم تسلب ، فالوقف جار على العين بما لها من المالية ، فالمالية أيضاً موقوفة تبعاً للعين ، فإذا ذهبت الجهة المقصودة من وقف العين ، فالأصل يقتضي جواز تبديل العين احتفاظاً بالمالية وتحصيلاً للجهة المقصودة من الوقف ، فيجوز بيعها واستبدالها بعين محصلة لتلك الجهة المقصودة ، ولذا نقول : ان البدل يكون وقفاً كالأصل بلا حاجة إلى صيغة وقف جديدة .

ومنه يتضح أن مقتضى الأصل في الأمر الرابع ـ وهو وقف البطون ـ أنه إذا بيعت العين الموقوفة لعروض المجوز لا تكون ملكاً لخصوص البطن الحاضر ، بل يرجع البدل موقوفاً كالمبدل ، ولكن نقل عن الشرائع[1] أن دية العبد الموقوف تكون لخصوص البطن الحاضر ، والتفرقة بينها وبين الثمن لا تخلو عن إشكال .

اللهم إلا أن يقال : إن الدية من قبيل المنافع للعين ، لأنها غرامة تعبدية ، وعلى ما تقدم لا فرق بين وقف أرض المسجد وآلات بنائه من الأخشاب والآجر ونحوها ، فإن أصل الأرض من باب التحرير ، فلا يجوز بيعها ، والآلات من باب التمليك فيجوز ، وإن وقع وقفهما في صيغة واحدة ؛ لاختلاف حقيقتها ، فيختلف حكم الوقف بالنسبة إلى كل جزء من الموقوف بالوقف الواحد .

فروع :

الأول : لو اشترى بثمن الوقف الذي جاز بيعه لطرو مسوغ بدلاً عنه ، فهل

---

(١) شرائع الاسلام ٢ : ١٧٣ (مصدر مذكور) .

هذا البدل ـ بعد فرض كونه وقفاً ـ له حكم عدم جواز البيع كالأصل الا لطرو المسوّغات ؟

وجهان ، والأقوى هو الثاني ؛ لأن تبعية البدل للأصل في الوقفية إنما هي في المالية المحفوظة لا في خصوصية العين ، فإن خصوصية العين لم تجر عليها صيغة الوقف ، فإذا كان في التبديل مصلحة ، فمقتضى ولاية الولي جواز استبدالها بعين أخرى ، والموقوف الذي بقي موقوفاً وتابعاً لوقف الأصل وهو المالية على حاله محفوظ في البدل وبدل البدل ، على أن عدم جواز البيع حكم شرعي دل عليه الدليل ، لا مما أنشأه الواقف فيقتصر فيه على القدر المتيقن ، وهو العين التي جرت عليها صيغة الوقف لعدم معلومية شمول دليله للبدل .

ومن هذا الباب ما لو اشترى الولي من منافع الوقف كدكان المسجد والمدرسة شيئاً كالحصير للمسجد أو المدرسة ، ونحو ذلك ، فيجوز للولي بيعه وتبديله إذا رأى المصلحة في ذلك من دون طرو المسوغات ؛ لأن العين المشتراة لم تجر عليها صيغة الوقف أيضاً ؛ لأن وقفها تابع لوقف ثمنها الذي هو من منافع الوقف الأصلي .

الثاني : لو اتّجر بثمن العين الموقوفة للبطون بعد بيعها ، فهل يختص ربحها بالبطن الحاضر ، أو يكون تابعاً للثمن ؟ يمكن أن يقال : إن هذا الربح من قبيل منافع الأصل الموقوف ، فيختص بالبطن الحاضر ، ولكن التحقيق أن قياسه على المنافع والنماءات التي لها وجود ...[1] .

---

(١) الى هنا ما عثرنا عليه من (بيع الوقف) .

[بيع] أم الولد

قوله عليه السلام : **وقل من يشتري أم ولدي ... إلى آخره .**

ولا يخفى ما في هذه العبارة من الحديث الشريف[1] من الإنكار على هذا السائل ، وأن كونها أم ولده مانع عن بيعها بالبداهة ، بحيث يدركه كل أحد ، ولا يخفى ما فيه أيضاً من الإشعار بعلية الحكم في نسبة ولدها إليه ، فكأن كونها أم ولده جعل لها زيادة علاقة به ، وتشبث بالحرية ، فلا ينبغي ، بل ولا يصح بيعها حيث جعل استهجان بيعها بقوله « قل » الذي ليس الأمر فيه على حقيقته ، بل للإنكار لأجل كونها أم ولده .

والحاصل أن عدول الإمام عن أن يقول : أم ولد إلى إضافته إلى نفس أب الولد ، كما أن فيه دلالة على أنه من المستنكرات في ذلك العصر ، كذلك فيه دلالة وإشعار بأنه بديهي الاستهجان في نفسه مع قطع النظر عن معروفية الحكم في نفسه عند الناس ، وأن نفس كونها أم ولده كاف في المنع عن بيعها .

ومن هنا يظهر للمتأمل أن الرواية مطلقة بالنسبة إلى كون المالك حياً أو ميتاً ، وإن اختص موردها بالحي ؛ لذلك الإشعار المتقدم بالعلية ، وأن الاستيلاد حق لأم الولد مانع عن البيع ، فافهم وتذكر هذا المعنى لعله ينفعك فيما يأتي .

---

(١) الوسائل ٢٠ : ٤٠٧ ، حديث ١ من الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع .

قوله ﷺ : **الغير المستعقب بالعتق ... إلى آخره .**

حيث إن التصرف الناقل المستتبع للعتق ، كنقلها إلى من تنعتق عليه بمجرد الملك ، سيأتي الكلام فيه من أنه لا مانع من نقلها كذلك بجميع وجوه النقل .

قوله ﷺ : **أو مستلزم للنقل كالرهن .**

الرهن مثال لما يستلزم النقل ، فان المرهون في معرض الانتقال ، ويستلزم النقل اذا لم يؤد الدائن ما عليه .

قوله [ﷺ] : **منها جعل ام ولد ملكاً غير طلق ... إلى آخره .**

فإن جعلهم أم الولد ملكاً غير طلق ـ كما جعلوا الوقف كذلك والرهن ـ دليل على المنع عن كل تصرف ناقل أو مستلزم للنقل ؛ لأن الشيء إنما يكون ملكاً غير طلق إذا كان ممنوع النقل بجميع انواعه .

وأما إذا كان لا يجوز بيعه فقط ، ويجوز الصلح وهبته فهو طلق ، ولا يخرج عن الطلقية بمجرد ذلك ؛ حيث إن معنى كون الشيء ملكاً طلقاً ، أنه تام الملكية ومستقل به المالك ، ومجرد كون بيعه ممنوعاً لا يخرجه عن كونه تام الملكية ، ومستقلاً به المالك ، ألا ترى ان الملك المجهول لا يجوز بيعه لمكان الجهل ، وهو باقي على طلقيته لمكان جواز هبته ، والصلح عليه ، وغير ذلك .

قوله : **إن البائع لو فسخ يرجع إلى القيمة ... إلى آخره .**

وجه الاستشهاد بهذا : أن الفسخ نوع من النواقل .

قوله ﷺ : **ثم إن عموم المنع لكل ناقل ... إلى آخره .**

لا يخفى ما في عبارة المصنف من المسامحة من العطف بـ« ثم » ، فإن ما بعدها ليس أمراً آخر غير ما قبلها ، مع أن جزمه بنسبته إلى عموم المسلمين مسامحة أخرى ، وقد أخذه ، كما ذكره أولاً ، استظهاراً من عبائرهم ، مع اعترافه ظاهراً بعدم النص في كلماتهم على هذا العموم ، مضافاً إلى نقله لمخالفة احد سادة مشايخه ،

فتأمل .

قوله : **لأصالة بقاء ... إلى آخره .**

وهي استصحاب المنع ؛ لأن البيع كان ممنوعاً بوجود الولد الصلبي ، وقد يقال : إن هذا الاستصحاب من القسم الثالث من استصحاب الكلي ؛ لأن المنع من جهة الولد الصلبي قد ارتفع قطعاً ، والمنع من جهة ولد الولد مشكوك الحدوث ، ولم يكن له حالة سابقة ، فتدبر .

قوله : **ولصدق الاسم ... إلى آخره .**

أي إسم ام الولد حيث يطلق الولد على ولد الولد ، ولا يخفى أن إطلاقه عليه إنما هو مجازاً وصدقاً على غير الحقيقة ؛ لأن نسبة الإيلاد له بواسطة في العروض .

قوله : **وتغليباً للحرية ... إلى آخره .**

لا يخفى إنما يغلب جانب الحرية على تقديره ، إنما هو في مورد وجد مناطه في باب المزاحمة ، لا أنه حتى في مورد تردد الشيء بين كونه حراماً أوْ لا ، وفي مثله ، إما أن يرجع إلى البراءة في التكاليف ، أو إلى القواعد المقررة في مثل المقام ، كقاعدة السلطنة . والحاصل أن القول الأول ينبغي أن يقطع بعدمه[1] .

وأما التفصيل بين ما لو كان ولد الولد وارثاً حيث تصل النوبة إليه بعدم وجود ما يمنعه من الإرث من الطبقة الأولى ، وبين ما لو كان غير وارث لوجود أحد الطبقة السابقة ، فيجوز البيع في الثاني ولا يجوز في الأول ؛ لأن مناط المنع في الولد الصلبي ، وهو كون أمه برجاء أن تعتق موجود في ولد ولدها الوارث لجده ، ولكن لا يخفى هذا لو كان الدليل على المنع من البيع هو ذلك ، وهو رجاء العتق .

وأما لو كان المنع من جهة دلالة الأخبار عليه ، فاستفادة هذه العلة محل إشكال ، بل محل منع ، كما اعترف به المصنف ، فالأقوى هو الوجه الثاني ، وهو

---

(١) هذه الفقرة ـ من قوله : « لا يخفىٰ » إلى قوله « يقطع بعدمه » ـ مضروب عليها بالقلم .

عدم المنع مطلقاً ، سواء كان وارثاً أو لا .

قوله : **فيتحقق بالمساحقة ... إلى آخره .**

حيث تقع المساحقة بين هذه الأمة وبين زوجة مولاها ، أو أمته الأخرى ، فينتقل الماء الذي حملته الثانية من المولى إلى الأولى بالمساحقة ، فيكون هذا الماء ماءه ، والولد ولده .

قوله : **فإن المتبادر من أم الولد ... إلى آخره .**

حيث إن هذا الاستعمال ليس بمعناه اللغوي ، بل لأجل التقسيم وتنصيف الجواري بما هي جوار ، والولد الذي ولدته منه قبل أن يملكها ليس من حالتها بما أنها مملوكة له وجاريته .

قوله ﷺ : **والعلة المذكورة غير مطردة ، ولا منعكسة ... إلى آخره .**

أما أنها غير مطردة ، فكما في موارد الاستثناء ، فإن أم الولد ـ كما سيأتي ـ يجوز بيعها في ثمن رقبتها ، مع أن العلة فيها موجودة ، وهي كونها في معرض الانعتاق .

وأما أنها غير منعكسة ، فكما في وقف الجارية ورهنها ، فإنه فيهما لا يجوز بيعها مع عدم وجود العلة ، إذ ليست حينئذ في معرض الانعتاق .

قوله : **كلية مستفادة من الأخبار ... إلى آخره .**

والعمدة في استفادة هذه الكلية إطلاق ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام فيما تقدم ، وقد أشرنا إليه .

وأما باقي الأخبار ، كرواية محمد بن مارد[1] ، وصحيحة عمر بن يزيد[2] ، فاستفادة الكلية منها محل تأمل ؛ لاختصاص الأولى في حياة المولى ، والثانية في

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٠١ ، حديث ١ من باب ٨٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٧٨ ، حديث ١ من باب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان .

مماته ، وسيأتي التعارض بينهما .

نعم يمكن التمسك بإطلاقها في بعض الصور .

قوله : **وهو غير ثابت ... إلى آخره .**

أي ما حُكي عن السيد ، فإن النسبة إليه لم تثبت صحتها .

قوله : **بناءاً على حملها على أنها قد تعرض ... إلى آخره .**

أي بحمل « تباع وتورث » على التقليل ، بأن تكون القضية مهملة ، وإلا فحمله على اطلاقه ـ وأنه يصح بيعها مطلقاً ـ مناف لما تقدم ويأتي من الأخبار .

الذي[1] قلنا هو الذي ينطبق [عليه] كلام المصنف ، فلا استصحاب لجواز البيع بثمن الرقبة حتى يدفع بحكومة قاعدة المنع ، كما لا استصحاب ؛ للمنع حال الاستيلاد ، كما أفاده ﷺ ، مضافاً إلى أن العلم بجواز بيعها قد انتقض بيقين مثله حين الاستيلاد ؛ للقطع بعدم جواز البيع مطلقاً .

وإن كان العجز حاصلاً قبل الاستيلاد ارتفع حين الاستيلاد ، ثم حدث ، وهي الصورة الرابعة ، فربما يقال : بجريان استصحاب جواز بيعها بثمن رقبتها ، وعدم جريان ما يعارضه ، وهو استصحاب المنع حين الاستيلاد .

ولعل كلام المصنف ناظر الى هذه الصورة ، أما استصحاب جواز بيعها بثمن رقبتها ، فلأنه قبل الاستيلاد كان العجز حاصلاً ، فيتصور بيعها بثمن رقبتها جائزاً ، ولم ينتقض اليقين بيقين مثله ، فإنه وإن كان حين الاستيلاد ، وقد ارتفع العجز ، لا يجوز بيعها ، ولكن المنع إنما هو عن بيعها لا في الدين ، إذ لا عجز ، فجواز البيع بثمن الرقبة لم ينتقض باليقين بالمنع عنه .

وأما عدم جريان استصحاب المنع حين الاستيلاد فقد تقدم بيانه ، ولكن جريان استصحاب الجواز محل إشكال ، فإنه وإن لم نتيقن بالمنع عن بيعها بثمن

---

(١) كذا .

رقبتها ، إذ لا عجز حتى يتصور البيع بثمن الرقبة ، ولكن حكم الجواز نقطع بعدمه من باب السالبة بانتفاء الموضوع ، وبعبارة أخرى : إنه لم يتصل زمن اليقين بزمن الشك .

قوله [ﷺ] : أن يقال : برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد ... إلى آخره .

إذ لا تكون رواية ابن مارد شاملة بإطلاقها لمحل النزاع ، وهو بيعها بثمن رقبتها حال الحياة ؛ لظهور البداء في عدم الاضطرار والعجز ، بخلاف رواية عمر بن يزيد فلا تعارض بينهما ، وتكون رواية عمر بن يزيد دالة على جواز بيعها بثمن رقبتها حال الحياة .

قوله : والمسألة محل إشكال ... إلى آخره .

حيث إن رواية عمر بن يزيد أيضاً غير ظاهرة في شمولها لمحل النزاع ؛ لظهور قوله : « تباع في الدين »[1] في كون البائع غير المولى فيما بعد الموت ، فيرجع إلى قاعدة المنع .

قوله : ومما ذكرنا يظهر أنه لو كان نفس أم الولد ... إلى آخره .

لأن العجز إنما رفع المانع من بيعها من جهة الاستيلاد ، أما المانع من وجوب بيعها من جهة الاحتياج إليها ، فالعجز لا يرفعه ، فلو فرض أنها لم تكن أم ولد ، وكانت محتاجاً إليها في الخدمة لما وجب بيعها بثمن رقبتها .

قوله : بل ربما تأمل فيما قبله ، فتأمل ... إلى آخره .

وذلك لأن قوله ﷺ في صحيحة عمر بن يزيد الأولى : « فأولدها ولم يؤد ثمنها » ظاهر في عدم تأدية ثمنها إلى الذي اُشتريت منه .

ومن المعلوم أن الثمن الذي استدانه من الغير واشترى به الجارية يصدق

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٧٨ ، حديث ٢ من باب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان .

عليه أنه قد أدّاه إلى البائع .

وفيه أنه وإن كان الأمر في هذه الرواية كذلك ، لكنه لا دلالة لها على نفي ما عداه ، إذ لا مفهوم لها ، وقوله : « أيما رجل ... » إلى آخره ، ليست بقضية شرطية حتى يكون لها مفهوم ، كما ربما يتخيل ، مع أن قوله ﷺ في صحيحة عمر بن يزيد الثانية : « ... نعم في ثمن رقبتها » . شامل لهذا الفرض بظهوره ؛ لصدق ثمن الرقبة على الثمن الذي استدانه واشتراها به ، ولعله إلى هذا اشار بقوله : (فتأمل) .

قوله : **نعم لو أمكن الوفاء ببيع بعضها ... إلى آخره .**

رعاية لحق الاستيلاد ، وجمعاً بينه وبين حق الدائن .

قوله : **ولو كان الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى ... إلى آخره .**

لعدم تحقق العجز بعد ، أو لأن المستفاد من الروايات أن في الاستيلاد حق يجب مراعاته ، إلا أن يكون هناك حق أولى منه يقدم عليه ، وقبل حلول الأجل لم يكن للدائن حق منجز على المدين حتى يكون مقدماً على حق الاستيلاد ، فحق الاستيلاد حينئذ باق على حاله يجب مراعاته .

قوله : **وفي اشتراط مطالبة البائع ... إلى آخره .**

الوجوه في هذه المسألة ثلاثة :

الأول : أن جواز بيع أم الولد بثمن رقبتها مشروط بمطالبة الدائن ، فلو لم يطالب لا يجوز بيعها كذلك .

الثاني : أنه يجوز بيعها كذلك مطلقاً ، سواء كان مطالباً أو لا ، وعلى الثاني سواء كان راضياً بالتأخير بحيث يمتنع عن التسلّم أوْ لا ، بأن كان راضياً بالتأخير ولا يمتنع عن التسلّم ، أو لم يعلم برضاه بالتأخير ولا بإرادته للتعجيل ، بل كان ساكتاً .

وعلى كل حال ، فيكتفى في جواز البيع باستحقاقه لماله ، ولو امتنع عن

التسلّم ؛ ضرورة أن امتناعه عن التسلّم لا يسقط حقه .

الثالث : أنه يجوز بيعها إذا لم يظهر منه الرضا بالتأخير ، ولم يسقط حق الحلول ، سواء كان مطالباً أو غير مطالب ، فلو كان راضياً بالتأخير لا يجوز بيعها ، بل يجوز تأخيره ،ولا يخفى ما في عبارة المصنف من المسامحة من وجهين :

أحدهما : جعل الشق المقابل للرضا بالتأخير واسقاط حق الحلول ، هو عدم المطالبة ، وكان ينبغي جعله هو عدم ظهور الرضا ، وعدم اسقاطه لحق الحلول حتى يشمل صورة المطالبة وعدمها .

هذا وما ذكره المصنف ﷺ من كون الوجه الأول هو الأحوط ، محل تأمل ، فإنه إنما يكون عدم البيع هو الأحوط إذا كان الدائن راضياً بالتأخير ، واما مع عدم ظهور رضاه وعدم مطالبته فيقع التزاحم بين الحقين - حق الدائن وحق الاستيلاد ، والدين يجب أداؤه إذا لم يعلم رضا الدائن بالتأخير ، فكيف يكون تقديم حق الاستيلاد هو الأحوط ؟! ومنه يظهر أن الأحوط هو الوجه الثالث .

قوله ﷺ : **ففي وجوب القبول نظر ... إلى آخره .**

أما عدم وجوبه فمن جهة الإطلاق ؛ ولأن وجوب إيقائها وعدم نقلها بالبيع مشروط بارتفاع العجز وعدم القدرة على الوفاء ، فيكون رفع العجز كمقدمة وجوب .

ومن المعلوم أن مقدمة الوجوب لا يجب تحصيلها ، فلا يجب قبول المال من المتبرع لرفع العجز .

نعم لو بذل المال بحيث لا يحتاج الى القبول ، فانه لا يجوز رده حينئذ ، ويجب عليه إيقاؤها ؛ لأنه بمجرد البذل يرتفع العجز ، كبذل الزاد والراحلة للحج ، فإنه يجب بمجرد البذل ؛ لعدم الاحتياج إلى القبول حينئذ ، فتحصل الاستطاعة بمجرد البذل ، بخلاف ما لو وهبه مالاً يكفيه للزاد والراحلة ، فإنه لا يجب عليه

القبول ، فلا يجب الحج ؛ لأنه بمجرد الهبة لا تحصل الاستطاعة ما لم يحصل القبول ، ولا يجب تحصيل الاستطاعة .

وكذا هنا ، فإنه لو سلّمه المال من دون بذل لا يحتاج إلى القبول ، لا يرتفع العجز ، ولا يجب عليه رفع العجز ، ولذا لم يوجبوا على المولى السعي في تحصيل الدين لرفع العجز ، وأما وجوب القبول ، فلأن في القبول جمع بين الحقين .

قوله : **ففي وجوب تقديم الأول** ... إلى آخره .

يرجح الأول بالاحتياط ، فإن بيعها على من تنعتق عليه أو بشرط العتق ، جمع بين حق الدائن ، وحق الاستيلاد في الجملة ، بخلاف الثاني ، ويرجح الثاني بإطلاق الأدلة .

قوله : **ولو امتنع المولى عن أداء الثمن** ... إلى آخره .

هذا الفرع الرابع عشر من الفروع التي ذكرها المصنف .

وحاصله : أن امتناع المولى من غير عذر عن أداء ثمن رقبة أم الولد ، هل حكمه حكم الاعواز أم لا ؟

وعلى الأول : حيث ان الفرض امتناع المولى عن الأداء ، فلا معنى للحكم بجواز البيع ، كما في صورة الإعواز ؛ لأنه بفرض إرادته للبيع يخرج عن الامتناع ، ومعه لا يجوز بيعها .

والحاصل أن المولى يحرم عليه بيعها ، فلا يعقل اشتراط ذلك بعدم الامتناع ، فيكون جائزاً عند الامتناع ، وإلا للزم انقلاب المحرم مباحاً ؛ لأنه يكون مشروطاً حينئذ بإرادته .

فلا بد أن يراد من كون حكم امتناعه حكم إعوازه ، أنه يجوز للبائع أن يبيعها هو ويأخذ ماله من ثمنها مقاصة مطلقاً ، أو بإذن الحاكم حيث إن الحاكم ولي الممتنع .

ووجهه : أن المستفاد من الأخبار أن الوجه في جواز بيعها بثمن رقبتها في صورة الإعواز هو تقديم حق الدائن على حق الاستيلاد ، حتى لا تغدر حقوق الدائن ، ومن المعلوم أن هذا المناط موجود في المقام ، فيلزم تقديم حق الدائن على حق الاستيلاد ، فيجوز للدائن بيعها بثمن رقبتها مقاصة .

وفيه أن حقيقة المقاصة أن ينزل المقاص منزلة المقاص منه ، فحيث يمتنع يكون بمحله وبدلاً عنه لامتناعه ، والمفروض أن المولى بنفسه لا يجوز له بيع أم ولده من دون العجز ، فكيف يحل البائع محله في بيع أم الولد حينئذ ؟! وترجيح حق الديان على حق الاستيلاد على تقدير استفادته من الأخبار ، وأنه هو المناط ، فإنما هو بالنسبة لمن عليه الحق وهو المولى ؛ لأنهما حقان عليه فيتزاحمان في التأثير بالحكم الوضعي أو التكليفي ، وأما بالنسبة إلى الدائن ، فأحد الحقين له لا عليه ، والثاني لا له ولا عليه ، بل لأم الولد وعلى المولى ، فكيف يتزاحم الحقان بالنسبة إليه حتى يقدم أحدهما على الآخر ؟!.

غاية الأمر أن من له الحق يجوز له استنجاز حقه ممن عليه ، لكن بشرط أن يكون الغير ـ وهو من عليه الحق ـ له حق في الشيء الذي يستنجزه منه ، حتى يكون بمنزلته .

أما الشيء الذي لا تصرّف للغير فيه ، كيف يستنجز من له الحق حقه من ذلك الشيء ؟!

نعم لو تعلق حقه بعين أم الولد لا في ذمة مولاها أمكن فرض ذلك ، ولكن في المقام لم يتعلق حق البائع في غير أم الولد .

فتحصل أن الحق عدم جواز بيع أم الولد في هذه الصورة ، لا مع إذن الحاكم ولا بدونها .

وأما الوجوه التي ذكرها المصنف توجيهاً لعدم جواز بيعها ، فمنظور فيها كما

أفاده ﷺ :

أما الأول : فإن المنع وإن كان لحق أم الولد ، فنفس امتناع المولى لا يسقط حقها ، إلا أن الفرض أن للديان حق مقدم على حقها .

وأما الثاني : فإنه حتى نص الفتاوي لا يكون دليلاً على المنع ، فكيف يكون ظهورها دليلاً ؟! فإن ذلك لا يجعله أكثر من أن يكون مشهوراً ، والشهرة غير معتبرة قطعاً ، على أن تكون دليلاً برأسها .

وأما الثالث : فإن تغليب جانب الحرية وإن كانت قاعدة مسلّمة ، لكن في غير المقام ، وذلك فيما إذا تحرر بعض المملوك أو كان أحد أبويه حرّاً على شروط ، على أنه هنا لا حرية لأم الولد من جميع الوجوه ، وإنما هي متوقعة الحرية .

قوله : **وفي إلحاق الشرط المذكور في متن العقد ... إلى آخره .**

لا يخفى أن شرط الإنفاق مثلاً تارة يكون من البائع على المشتري ، بأن ينفق المشتري على البائع ، وأخرى يكون من المشتري على البائع ، وفرض الكلام في الصورة الأولى في أنه لو تعذر الإنفاق المشروط في ضمن العقد على بيع الجارية التي صارت أم ولد ، هل يلحق ذلك بتعذر نفس الثمن ، فتباع فيه ، أم لا ؟

وجهان : ومبنى الوجه الأول : أن للشرط قسط من الثمن بمعنى أنه إن كان من المشتري على البائع ، فيكون في مقابله جزء من الثمن ، فيكون بمنزلة جزء من المثمن ، وإن كان من البائع على المشتري ـ كما هو محل الكلام ـ يكون في مقابله جزء من المثمن ، فيكون بمنزلة جزء الثمن ، وقد تقدم أنه إذا تعذر جزء الثمن يجوز بيع أم الولد ، كما لو تعذر جميع الثمن ، وحيث تعذر هذا الشرط فكأنما تعذر جزء الثمن .

ومبنى الوجه الثاني : أن الشرط ليس في مقابل جزء الثمن ، ولا في مقابل جزء من المثمن أبداً ، كما عليه المحققون كالأوصاف عدا وصف الصحة ، كما يراه

الشيخ ﷺ ، بل إنما الشرط دخيل في زيادة قيمة المثمن أو نقيصته ، وهو خارج عن الثمن والمثمن ، فإن كان من المشتري على البائع أوجب زيادة القيمة ، وإن كان بالعكس أوجب نقيصتها ، كما في محل الكلام ، فليس هو إلا واسطة في الثبوت لزيادة القيمة أو نقيصتها ، وليس في مقابل المثمن إلا الثمن المسمى ، والشرط خارج عنهما أبداً ، فلا يكون بمنزلة الجزء من الثمن حتى يجوز بيع أم الولد مع العجز عنه .

قوله : **وعلى العدم لو فسخ البائع ... إلى آخره .**

أي على تقدير الوجه الثاني ـ وهو عدم جواز بيع أم الولد ـ لو تعذر الشرط ، فإنه على هذا التقدير حيث يتعذر الشرط ولا هناك شيء يقوم مقامه يكون للبائع خيار الفسخ ، فلو فسخ البائع ، فهل تسترد بالفسخ أوْ لا ؟

الظاهر أنها تسترد ؛ لأنه إما أن لا يمنع الاستيلاد من الاسترداد ؛ لعدم دخول الفسخ في العقود الناقلة التي منع منها في أم الولد ، أو لعدم معلومية شمول دليل المنع لمثل هذا النقل .

وإما أن يمنع الاستيلاد من الاسترداد ؛ لشمول دليل المنع لمثل الفسخ ، فإن كان الأول فلا إشكال في الاسترداد .

وإن كان الثاني : فإنه جمعاً بين حق الاستيلاد المانع من الاسترداد ، وبين الحكم بالفسخ لا بد أن ينتقل إلى قيمة أم الولد ، ولكن الفرض فرض إعسار المولى ، فهو لا يستطيع أداء القيمة ، وحينئذ يجوز له بيعها لأداء قيمتها ؛ لأن القيمة حينئذ تكون ثمن رقبتها ، وإذا جاز بيعها بالقيمة ، فلا مانع من استردادها ؛ لأن المانع هو عدم جواز نقلها ، والمفروض أنه جاز لأداء القيمة ، فليكن الاسترداد جائزاً من رأس .

فالقول بعدم جواز استردادها بنفسه يقتضي جوازه ، فلا بد أن يكون

جائزاً من أول الأمر .

قوله : ولإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمتين ... إلى آخره .

فإن قوله عليه السلام : « لا » في الرواية الأولى جواباً عن قول السائل : « فيبعن فيما سوى ذلك من دين » بمنطوقه ـ بملاحظة السؤال ـ دال على أنه لا يجوز بيعها في سائر الديون ما عدا ثمن الرقبة .

وقوله عليه السلام : « نعم في ثمن رقبتها » في الثانية ...[1] جواباً عن قول السائل : « تباع في الدين » بمفهومه ـ بملاحظة السؤال ـ أيضاً دال على أنه لا يجوز بيعها في سائر الديون ما عدا ثمن رقبتها ؛ لأن تخصيص الإمام عليه السلام الجواز في خصوص بيعها بثمن رقبتها ، مع أن السؤال عام ، له دلالة مفهومية ظاهرة على عدم جوازه في ما سوى ذلك من الديون .

قوله عليه السلام : « وإن كان لها ولد ، وليس على الميت دين » ... إلى آخره .

الاستشهاد في هذه المقطوعة بهذه الفقرة المذكورة ، حيث إنها دالة بعموم مفهومها ، أنه لو كان على الميت دين فهي ليست للولد ، أي أنها يجوز بيعها .

قوله [قدس سره] : وعن نكاح المسالك أن الأقوى ... إلى آخره .

لا يخفى أن ما نقل عن المسالك يوافق المشهور القائلين بالمنع من جهة ، ويخالفهم من جهة أخرى .

أما موافقته لهم فهو من جهة المنع عن البيع مع استغراق الدين وعدمه ، كما هو واضح .

وأما مخالفتهم ، فمن جهة حكمه بلزوم أداء قيمة النصيب من مال الولد ، مع أن ظاهر القائلين بالمنع من البيع وانعتاقها على ولدها ، أنها تنعتق بمقدار نصيبه منها مجاناً .

---

(١) يوجد مقدار كلمة مطموس .

قوله [ﷺ] : **وربما ينتصر للمبسوط ... إلى آخره .**

هذا الانتصار لصاحب المقابيس ﷺ ، ولا يخفى أن هذه الوجوه الأربعة الآتية ، منها ما هو رد على صاحب المسالك من جهة موافقته للمشهور في المنع ومخالفته للمبسوط ، ومنها ما هو رد عليه من الجهة الثانية ، وهي حكمه بأداء قيمة النصيب .

وهذه الجهة كما خالف فيها المبسوط ، خالف المشهور أيضاً ، كما عرفت ، فلا يكون انتصاراً للمبسوط خاصة في الرد عليها ، فجعل هذه الوجوه الأربعة كلها انتصاراً للمبسوط محل ايهام ، ولكن الأمر سهل .

قوله [ﷺ] : **أولاً بأن المستفاد مما دل على انها ... إلى آخره .**

هذا رد على المسالك من الجهة الثانية ، وحاصله : أن المستفاد من الدليل الدال على أنها تعتق من نصيب ولدها أن ذلك من جهة استحقاقه للنصيب ، وأن ذلك يكون مجاناً بعد أن يكون ضامناً له ، فلا يقوّم عليه ، لكن يؤدّيه من ماله ، فلو فرض استغراق الدين للتركة ، وأنها مع ذلك تعتق من نصيب ولدها ، كما لو لم يكن دين ، فالديانة إنما تستحق من دينها فيما سوى نصيبه من ماله .

نعم لو كان نصيبه من جميع التركة لا يفي بقيمة أمه ، فقد وقع الكلام في أن باقي الحصص ، هل تقوم على الولد أو أن أمه تستسعى بها ؟

قوله ﷺ : **وثانياً ـ بأن النصيب الذي ... إلى آخره .**

هذا الوجه الثاني رد على المسالك من الجهة الأولى فيكون انتصاراً للمبسوط .

وحاصله : أن الدين إذا استغرق التركة ، وإن كان ينتقل إلى الورثة ؛ لاستحالة بقاء المال بلا مالك ، حيث إن حق الديان لا يتعلق بعين التركة قطعاً ، فلا بد أن تكون التركة في ملك الورثة ، غاية الأمر أن الورثة تمنع من التصرف

بالمال كالمحجور عليه ، إذ تكون التركة بمنزلة ذمة الميت في تعلق استحقاق الديان ، ولكن المنصرف من النصيب الذي ينسب إلى الوارث هو النصيب الذي هو غير ممنوع التصرف به ، المستقر الثابت ، وهو الفاضل من التركة بعد أداء الدين ، فإذا دل الدليل على أن أم الولد تنعتق من نصيب ولدها ، يراد منه هذا النصيب بالمعنى الثاني ، لا النصيب الذي يحكم به تفصياً عن بقاء الملك بلا مالك .

قوله : **وثالثا ـ إن ما ادعاه من الانعتاق ... إلى آخره .**

وهذا الوجه أيضاً رد على المسالك من الجهة الأولى ، وحاصله : أنه لو سلم أن النصيب يطلق على هذا المعنى من النصيب ، ولكن الملك الذي به تعتق أم الولد على ولدها لا يراد منه إلا الملك المطلق ، فإنه المنصرف من إطلاق الملك في الأخبار وكلام الأصحاب ، وأما الملك الغير المطلق فلم يدل دليل عليه ، ولم ينص عليه الأصحاب .

وبعبارة أخرى : إنه وإن دلت الأخبار على وجوب أداء الدين ، وأن الديانة يتعلق حقه بالتركة ، لكن بشرط أن لا يعارضه حق آخر ، كالوقف بالنسبة إلى حق الديان .

قوله ﷺ : **ورابعاً ـ أنه يلزمه على كلامه ... إلى آخره .**

هذا الوجه رد على المسالك من الجهة الثانية كالأول ، وقد قيل : إنه لا محصل لهذا الوجه ، ولكن الإنصاف خلافه .

وحاصله : أن لازم كلام المسالك ، أنه لو كان نصيب الولد من التركة ما يساوي قيمة أمه ، للزم تقويم ذلك عليه مطلقاً سواء كان هناك دين مستغرق أم لا ، وعلى التقدير الثاني يقوّم عليه ، سواء كان نصيبه الثابت في الباقي بعد الديون ونحوها ، وهو الذي لم يتعلق به حق الديان وغيره يساوي قيمة أمه أم لا ، فهنا ثلاثة فروض :

الأول : أن يستغرق الدين التركة ، وحينئذ لا يكون للولد نصيب ثابت في التركة ؛ لأن حق الديان مقدم على الورثة ، ولكنه له نصيب بالتركة غير ثابت ؛ لاستحالة بقاء الملك بلا مالك ، وعلى كلام المسالك أن أم الولد تنعتق عليه من نصيبه ، ويؤدي هو ثمنها إلى الدائن من ماله ، والمشهور يقولون : أنه تنعتق عليه مجاناً من نصيبه من أمه خاصة ، والباقي يقوّم عليه أو تستسعى هي به ، ويؤدى إلى الديان ، وهذا الفرض لا كلام به هنا ، وقد تقدم فيه الكلام في الوجه الأول .

الثاني : أن لا يستغرق الدين التركة ، ويكون نصيب الولد الثابت من باقي التركة ، بعد أداء الدين يساوي قيمة أمه ، كما لو لم يكن هناك دين أصلاً ، وكان نصيبه من مجموع التركة يساوي قيمة أمه ، فعلى كلام المسالك أنه بعد أن تنعتق أمه تقوّم عليه ، فبمقدار نصيبه من أمه خاصة يسقط عنه ، والباقي من نصيبه في باقي التركة ما عدا أمه يبقى حقه فيه بالعين ، وأما الباقي من أمه ما عدا نصيبه فيكون ضامناً له ، ويجب أن يؤدي قيمته إلى الورثة ؛ لأنه هو نصيب باقي الورثة من أمه ، فإن شاء أدّىٰ قيمته من نصيبه الآخر في باقي التركة ، وإن شاء أدّى قيمته من ماله .

وهذا هو الذي لم يقله أحد من الأصحاب ؛ وذلك لأنهم يقولون : إن نصيبه رأساً ينحصر في أمه من مجموع التركة ، ولا يبقى ضامناً لما يزيد على نصيبه من أمه خاصة ، ولا يتعلق له حق بعين التركة الباقية أصلاً ، إذا لم يزد نصيبه من مجموع التركة على أمه ، بل ينحصر نصيب الورثة من مجموع التركة فيما عدا أمه ، وليس للولد مشاركة الورثة فيما عدا أمه من التركة ، على أن يؤدي للورثة قيمة الباقي من أمه ما عدا نصيبه منها ؛ لأنه في الحقيقة بالنسبة إلى باقي التركة ما عدا أمه لا نصيب له منه ، وكأنه ليس هو بوارث أصلاً بالنسبة إلى الباقي .

الثالث : أن لا يستغرق الدين التركة ، ويكون نصيب الولد الثاني من باقي

التركة بعد أداء الدين لا يساوي قيمة أمه ، أي بأن يكون أقل منها .

ومقتضى كلامه أن تقوّم عليه جميعها ، ويؤدي قيمة ما زاد على نصيبه منها إلى الورثة ، ويلحق الورثة في نصيبه مما عدا أمه .

وفيه أيضاً المخالفة للأصحاب كالثاني وأما أن لازم كلامه على هذا الفرض، والسابق مما يقطع ببطلانه ، فلعدم تحقق سبب الضمان من الولد ، وإنما الانعتاق حكم شرعي قهري ، فلا وجه لضمانه .

هذا كله إذا كان نصيب الولد من أصل التركة يساوي قيمة أمه ، أما إذا كان نصيبه من أصلها لا يساوي قيمتها ، بأن كان ثلثها أو ربعها ، وهكذا ، فالتفصيل السابق آت فيه من حيث كون الدين يستغرق التركة أو لا يستغرقها ، فإنه لو كان مستغرقاً للتركة على كلامه ﷺ يؤدي جميع قيمة أمه للديان ، حتى الزائد على نصيبه من مجموع التركة ، وعلى عدم الاستغراق يسقط من قيمة أمه عنه مقدار نصيبه منها ، ويطلب بالباقي ، وهذا أيضاً لا يقوله الأصحاب كالفرضين السابقين .

قوله : ويمكن دفع الأول بأن المستفاد ... إلى آخره .

حاصله أن ما ذكره المنتصر من أن المستفاد مما دل على أنها تعتق من نصيب ولدها ، أنها تعتق مجاناً غير مسلّم ، بل غاية الأمر أنها دلت على أنها تعتق من نصيبه ، ولو مع استغراق الدين ، لا أنه مجاناً ، فمع عدم استغراق الدين لا بد أن يكون ذلك مجاناً ؛ إذ لا حق فيها حينئذ يعارض ذلك ، بخلافه مع استغراق الدين ، فلا ينافي انعتاقها من نصيب ولدها وجوب أداء قيمتها من ماله إلى الديان في صورة استغراق الدين .

والحاصل أن مقتضى الجمع بين دليل انعتاقها ، وبين الدليل الدال على أن الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حق الديان ، أن أم الولد تنعتق من نصيب ولدها ، ويجب أداء قيمتها لها من مال الولد ، أو أنها تسعىٰ

به .

وذلك لأن الديان لا يتعلق حقهم[1] بعين التركة ، بمعنى أنه يكون مالكاً لها ، بل إنما يتعلق بقيمة العين بانتقال حقهم من ذمة الميت إلى ماله الذي خلفه ، والورثة لهم أن يوفوا حق الديان من غير التركة ، والامتناع عن أداء مقابلها ، كما أن لهم الامتناع عن أداء العين ، وإعطاء قيمتها له .

ولكن ذلك غير جار في أم الولد ؛ للنهي عن بيعها ، فلا يجوز للديان أخذها عن الدين حيث يمتنع الوارث عن أداء قيمتها ، كما لا يجوز لولدها دفعها للديان وفاءاً له .

وحينئذ فإما أن يسقط حق الديان بالنسبة إلى قيمتها ، وهذا غير صحيح للنهي الدال على بقاء حق الديان في التركة ، فلا يجوز رفع اليد عن الدليل .

وإما أن لا يسقط حق الديان وهو المتعين ، وحينئذ بعد بطلان تعلقه بعينها ، فإما أن يتعلق حقه بقيمتها ، على أن يدفعه الولد من ماله أو تستسعى هي به ، وإما أن يتعلق حقه بمنافعها ، كتعلق حق الديان بمنافع أم ولد المفلس ، فإنه إذا فلس مولاها ، وكانت أم ولد ، فحق الديان حينئذ يتعلق بمنافعها ، فتؤجر بمدة تفي بحق الديان .

فاتضح إلى هنا أن انعتاق أم الولد مع استغراق الدين لا يكون مجاناً ، بل يدور الأمر في الحقيقة بين أداء قيمتها من مال الولد أو باستسعائها ، وبين أداء منافعها بأجرتها .

قوله : **وبين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبتها فتسعى فيها**...إلى آخره .

كان الأَولىٰ في التعبير إسقاط صدر العبارة وهي قوله : «وبين أن يتعلق

(1) في الأصل : حقه .

حق الديان بقيمتها » ؛ لأنه تكرير لما سبق ، ولأن هذا الوجه مع سابقه جعلهما وجهاً واحداً ، حيث قال فيما سيأتي : فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين ، وأراد بهما تعلق حق الديان بقيمتها مطلقاً ، سواء كان على من يتلف في ملكه وهو الولد ، أو على رقبتها ، وتعلق حقه بمنافعها ، بل حق العبارة أن يقول : « أو على رقبتها ... » إلى آخره ، فتدبر .

قوله ﷺ : ومما ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثاني ... إلى آخره .

بيانه : أنه بعد ما تقدم أن أم الولد منهي عن بيعها ، وأن حق الديان لا يتعلق بعينها ، بل إما أن يتعلق بقيمتها أو بمنافعها ، فلم تكن كسائر التركة مع استغراق الدين ، حيث لا يكون نصيب الوارث منها ثابتاً ، بل تكون من النصيب الثابت ، كما لو لم يكن دين ، ويستقر نصيب الوارث عليها ، إذ لم يكن حق الارث مزاحم بحق الديان ؛ لعدم تعلقه بعينها ، على أن يكون له أخذها عند امتناع الوارث .

وكذلك يظهر الجواب عن الثالث ، فإنه وإن كان من المسلّم أن انعتاق أم الولد لا يحصل إلا بملك طلق غير مزاحم بحق آخر ، إلا أن أم الولد ـ كما عرفت ـ ملكها للوارث غير مزاحم بحق الديان ، فهو ملك طلق ، ولا ينبغي أن يقاس بالوقف الذي هو ملك للسابق وللاحق من البطون ، فليس خالصاً للسابق حتى تنعتق عليه لو كان أم ولد ، بخلافها في استغراق الدين إذ لم تكن الديانة لها حق في نفس العين على سبيل الملكية ، غاية الأمر إنما دل الدليل على أن حق الديانة لا يسقط بانعتاق أم الولد ، فتدبر .

قوله ﷺ : وأما ما ذكره رابعاً فهو ... إلى آخره .

حاصله : أن ما ذكره في الوجه الرابع حق إذا جزمنا بوجوب أداء قيمتها على الولد من ماله ، كما يقول صاحب المسالك ، ولكن إذا قلنا باستسعائها ، فلا موقع لهذا الإيراد بالكلية كما هو واضح ، فلا يكون انتصاراً للشيخ ، إذ لا يثبت به

جواز بيع أم الولد مع الاستغراق ، وإنما يكون صرف إبطال لما ذهب إليه صاحب المسالك ، وبالالتزام باستسعائها يتم المطلوب .

قوله ﷺ : **فالضابط حينئذ أنه ينعتق ... إلى آخره .**

حاصل هذا الضابط : أن الولد بانعتاق امه [يصبح][1] ضامناً لشيء ، فإن كان مالكاً لنصيبه وغير ضامن لأداء دين على أبيه يقابل نصيبه أو بعضه فذاك ، ويكون انعتاقها من نصيبه .

وإن كان مالكاً له وكان ضامناً لأداء ما يقابله جميعه من الديـن ، كـما لو استغرق الدين ، أو كان ضامناً لأداء ما يقابل بعضه من الدين ، كما لو لم يستغرق الدين ، فإنه وإن كان تنعتق أمه ، إلا أن ما يقابل نصيبه أو بعضه من الدين يكون في رقبة أمه ، وتستسعى به .

فمع صورة الاستغراق يكون جميع قيمتها في رقبتها ، ومع عـدمها يكـون بعض قيمتها الذي يقابل الدين خاصة في رقبتها ، والبـاقي يكـون مـن نـصيب ولدها ، فالولد لا تنعتق عليه أمه من نصيبه إلا إذا لم يكن ضامناً .

قوله : **من نصيبه ... إلى آخره .**

متعلق بقوله : « ينعتق » أي أنه ينعتق على الولد من نصيبه مـا لم يـتعقبه ضمان ، ولا يخفى حينئذ ما في العبارة من الايهام ، والصحيح في تفسيرها ما ذكرناه سابقاً .

قوله : **ومما ذكرنا يظهر أيضاً ... إلى آخره .**

أي مما تقدم من الضابط ، والكلام فيما لو كان لغير ولدها نصيب فيها مـع استغراق الدين ، فإنه بعد أن تقدم ان الولد غير ضامن للديان ، وبـطريق أولى عدم ضمان غيره من الورثة ، ولا إشكال بانعتاق أم الولد وعـدم سـقوط حـق

---

(١) في صورة الأصل بياض بمقدار كلمة .

المالك، فلا يملك الوارث الآخر نصيبه منها مجاناً ، فلا بد أن تستسعى هي في أداء ما يقابل نصيب غير ولدها من الدين ، أو أن الولد يضمن على القول الآخر ، فاما أن الوارث الآخر هو يؤدي ما يقابل نصيبه من الدين إلى الديان فتنعتق عليه ، وتسعى له لا للديان ، أو يكون ولدها هو الضامن ، وإما أن يخلي الوارث بينها وبين الديان ؛ إذ لا يجوز اعطاؤها للديان ... [1] دينه كسائر التركة ، فتنعتق عليهم، وتضمن أو يضمن ولدها على القول الآخر .

قوله ﷺ : **وأما حرمان ... إلى آخره .**

أي بأن تنعتق مع استغراق الدين ، ويسقط حق الديان عن العين والقيمة في مقابلة جميع الأقوال المتقدمة ، بأن يرثوها الورثة ، كما لو لم يكن دين أصلاً فتنعتق، وغير ولدها يأخذ قيمة حصته منها من ولدها أو منها ، ولا يصرفه في الدين ، وهو مخالف للأدلة الدالة على ثبوت حق الديان ، مع عدم اقتضاء الدليل الناهي عن بيعها لسقوط حق الديان ؛ لإمكان الجمع كما تقدم .

قوله ﷺ : **ومما ذكرنا يظهر ما في قول بعض من أورد ... إلى آخره .**

المقصود من البعض هو صاحب المقابيس الذي تقدم إيراداته الأربعة على المسالك .

قوله : **بشرط عدم كفاية ... إلى آخره .**

إذ مع كفاية بعضها يقتصر على مقام الضرورة ، فإنه في الباقي لا تعارض بين حق الاستيلاد وحق الميت في الكفن .

قوله : **بل اللازم ذلك أيضاً ... إلى آخره .**

أي أن حق الميت في الكفن يقدم على حق الاستيلاد حتى مع القول بأن جواز بيعها مخصوص في صورة بيعها بثمن رقبتها لا للأولوية ؛ لعدم تسليم تقديم

---

(١) يوجد بياض بمقدار كلمة في صورة الأصل .

حق الميت على حق الدائن في ثمن رقبتها ؛ لما سيأتي من المصنف ـ في قوله : **اللهم إلا أن ... إلى آخره** ـ من التعارض ظاهراً بين دليل جواز بيعها بثمن رقبتها الشامل لصورة الحاجة إلى الكفن وغيرها ، وبين دليل تقديم حق الميت في الكفن على الدين ، سواء كان دين ثمن رقبتها أو غيره ، وأن ذكر ان الدليل الثاني حاكم على الأول ، فيتقدم حق الميت على الدين .

والغرض أن الأولوية ليست بواضحة ، فلا بد من الرجوع على كل حال إلى الدليل الدال على جواز بيع أم الولد في ثمن رقبتها مع وجود ما يقابل الكفن من المال ، فيعلم منه أن حق الميت مقدم على حق الاستيلاد ، وإلا لوجب إعطاء ما يقابل الكفن إلى الديان ، وترك بيع أم الولد .

قوله ﷺ : **وتوضيحه أنه إذا كان ... إلى آخره .**

أي توضيح النظر ، ومرجع هذا النظر إلى عدم التعارض بين حق الديان وحق الميت ، وإنما التعارض بين حق الميت وحق الاستيلاد ، وحق الميت مقدم ، فلا فرق حينئذ بين أن يكون هناك حق للديان أو لم يكن ، بعد أن كان التعارض بين حق الاستيلاد وحق الميت على كل حال ، وتقديم حق الميت في صورة وجود الدين ، فيعلم تقديمه هنا أيضاً .

قوله : **اللهم إلا أن يقال ... إلى آخره .**

حاصله أن دليل بيع أم الولد في ثمن رقبتها الشامل لصورتي وجود حق الميت وعدمه ، معارض لدليل تقديم الكفن على الدين الشامل لصورتي وجود دين ثمن رقبتها وعدمه ، ويكون تعارضهما في صورة وجود دين ثمن رقبتها مع وجود حق الميت في الكفن ، فالدليل الأول يقتضي بيعها في ثمن رقبتها ، ويعطى للدائن ، وليس للكفن شيء .

والدليل الثاني يقتضي تقديم الكفن على الدين ، ولو كان ثمن رقبتها ، فما

كان للدين يكون للكفن . ولكن دليل تقديم الكفن على الدين حاكم على دليل بيعها في ثمن رقبتها ؛ لدلالته على أن الدين بذاته مؤخر عن الكفن ، وحق الميت مسقط للدين ، مع حفظ عموم دليل تقديم الدين على حق الاستيلاد ، فإذا سقط حق الاستيلاد بدين ثمن الرقبة بمقتضى الدليل [الأول] وسقط حق الدائن بحق الميت بمقتضى الدليل الثاني ، لا محالة يكون مقتضاه تقديم حق الميت على حق الاستيلاد لفرض حياة حقه في ظرف انعدام حق الاستيلاد ، وسقوطه بحق الدائن .

فيخصص حينئذ دليل جواز صرفها في ثمنها بما إذا لم يكن هناك حق للميت ولم يحتج الميت إلى الكفن ، وعدم احتياجه تارة بنفسه حيث يكون له كفن موجود ، وأخرى بواسطة غيره حيث يبذل باذل للكفن ، فيسقط حق الميت قهراً ويحيىٰ حق الدائن ، أو يخصص الدليل بما إذا كان للميت ما يقابل الكفن من المال ، وذلك في صورة احتياجه إلى الكفن ، فإنه وإن احتاج إلى الكفن إلا أن وجود ما يقابله يرفع معارضة حق الميت مع حق الدائن ، فيتقدم حق الدائن على حق الاستيلاد بلا معارض .

وأما في صورة احتياجه الى الكفن ولم يكن عنده ما يقابله ، فيكون خارجاً عن عموم دليل جواز صرفها في ثمنها .

فاتضح أن تقديم حق الميت لمكان سقوط حق الاستيلاد بحق الديان الساقط بحق الميت ، فلو لم يكن هناك دين ـ كما هو محل الكلام ـ فلا يكون حق الاستيلاد ساقطاً بحق آخر ساقط بحق الميت ، حتى يقدم حق الميت على حق الاستيلاد ، وكما كان هناك فلا بد حينئذ من إقامة الدليل على تقديم حق الميت ، إذ غاية ما ثبت أنه في صورة وجود الدين أن حق الاستيلاد منعدم بحق الديان في حال حياة حق الميت ، لا لمكان تقديم حق الميت على حق الاستيلاد من حيث

هو، حتى يسري الحكم إلى مورد الكلام .

فقاعدة المنع عن بيع أم الولد في المقام غير ثابت تخصيصها .

وأما قاعدة تعلق حق الكفن بمال الميت ، فإنه لا تصلح لِأَنْ تكون مخصصة لقاعدة المنع ، حيث إن الظاهر أن تلك القاعدة مختصة بما إذا لم يكن حق سابق في المال مانع من التصرف به ، ولذا لا يجوز إخراج الكفن من الوقف الخاص ، فتدبر ، والاستيلاد من ذلك الحق السابق .

قوله : **ولو فرض تعارض الحقين** ... إلى آخره .

أي حق الاستيلاد وحق الكفن ، فإنه يرجع إلى استصحاب فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن ؛ لأنها كان بيعها فاسداً بالضرورة ، فيشك بعد الموت لوجود حق الكفن .

ولكن يمكن أن يقال : بعدم جريان هذا الاستصحاب ؛ لإختلاف الموضوع، فإن موضوع المنع قبل الحاجة هو مطلق بيعها ، وموضوعه بعدها هو بيعها في الكفن ، كما تقدم نظيره في صورة طرو العجز ، فلا يجري الاستصحاب ، ولعله ﷺ أشار إلى هذا بقوله : (فتأمل) .

قوله : **وأخذ الأجرة قبل العمل** ... إلى آخره .

لأنه لو أخذت الأجرة بعد العمل للزم تعطيل الميت عن الدفن ، فجمعاً بين حق الميت وحق الاستيلاد أنها تؤجر نفسها ، وتأخذ الأجرة قبل العمل .

قوله ﷺ : **إما إلى الحرية أو الرقية الخالصة** ... إلى آخره .

لأنه إما أن تنعتق من نصيب ولدها اذا لم يكن حق للديان ، أو أنها تباع بثمن رقبتها مع وجود الحق ، فلا يتصور أنها بعد موت المولى انها تبقى رقيّتها متزلزلة .

قوله : **والحاصل : أن المستفاد بالضرورة من النص** ... إلى آخره .

حاصله : أن الذي دل عليه الدليل هو المنع عن النقل بالاختيار لمصالح نفسه ، أما الانتقال القهري لوجود حق للغير يتعلق بعين أم الولد فغير مشمول للأدلة .

قوله ﷺ : **فإن كانت الجناية خطأ ، فالمشهور ... إلى آخره .**

لا إشكال أنه إذا جنى المملوك غير أم الولد خطأً على غير المالك أن المالك مخير بين أن يدفع المملوك جميعه إلى المجني عليه أو بعضه على قدر الجناية ، وبين أن يفديه .

واختلف في الفداء ـ على تقدير اختيار المالك له ـ :

فعن المشهور : أنه يكفي في الفداء أقل الأمرين من قيمتها وقيمة تقدير الجناية ، وهي الأرش .

والقول الآخر : أنه يتعين الأرش ، وهو قيمة الجناية ، سواء كانت تزيد على قيمة المملوك أو تنقص .

وأما أم الولد ، فقد اختلف فيها على أقوال أربعة :

أحدها : إلحاقها بسائر المماليك من التخيير بين الدفع والفداء ، كما عن المشهور .

ثانيها : إن جنايتها تتعلق برقبتها ، كما عن الخلاف والسرائر واستيلاد المبسوط ، بمعنى أنه يتعين دفعها .

ثالثها : إنه يتعين الفداء ، كما نسب إلى ديات المبسوط نفي الخلاف عنه ، وهو مخالف لما في استيلاده ؛ لأنه فيه نفي الخلاف عن تعلق الجناية برقبتها .

ورابعها : إن جنايتها تتعلق في ذمتها ، كما نسب إلى أبي ثور ، فتتبع بعد العتق ، ولا يجب على المولى قبله لا دفعها ولا فداؤها .

قوله ﷺ : **وربما يوجه بإرادة نفي الخلاف بين العامة ... إلى آخره .**

بقرينة استثناء خلاف أبي ثور الذي هو من العامة .

قوله : **والأظهر أن المراد ... إلى آخره .**

هذا بيان لجمع آخر بين كلامي المبسوط في الاستيلاد والديات ، وحاصله : أنه ليس المراد من كلامه في الديات من أن جنايتها على سيدها ، أنه يتعين الفداء ، كما فهم ذلك ، بل المراد أن خسارته من كيسه ، سواء كان بدفعها أو بفدائها في قبال من يقول : إن جنايتها تتعلق بذمتها ، فلا يكون ناظراً إلى جهة تعيين الفداء أو الدفع ، بل يكون مطلقاً من هذه .

قوله : **السيوري .**

وهو المقداد ﵀ .

قوله ﵀ : **فمندفع بما لا يخفى ... إلى آخره .**

أما الأول ؛ فلأن حدوث الأثر الجديد ، إن كان بحدوث استرقاق آخر ، حتى يكون الاستقلال الجديد في التصرف حادثاً بحدوثه ، فلازمه اجتماع المثلين ، وإن كان حدوث هذا الأثر بنفسه لا باسترقاق آخر ، فلا دليل عليه ، إذ الجناية إنما دل الدليل على استرقاق الجاني بها أو القتل ، أما شيء آخر فيحتاج إلى الدليل ، فإذا امتنع الاسترقاق تعين الثاني .

وأما الثاني : فلأنه بعد أن كان الاسترقاق محالاً ؛ للزوم تحصيل الحاصل ، أو اجتماع المثلين ، لا يعقل ان يكون مشمولاً للدليل ، فلا بد من تخصيص الدليل على تقدير عمومه بحكم العقل تخصيصاً لبياً .

وأما الثالث : فأولاً ـ بأن عدَ مناسبة التخفيف بالمنع من التصرف للجاني عمداً صرف استحسان ، لا يجعل دليلاً على الحكم .

وثانياً ـ بأن المنع من التصرف في أم الولد لم يكن علته التخفيف عليها حتى أنه بالجناية العمدية ترتفع العلة ، بل العلة ما تقدمت من كونها في معرض الانعتاق ، أو غير ذلك التي لا تزول بالجناية .

[من شروط العوضين] القدرة على التسليم

قوله ﷺ : **أما كون ما نحن فيه غرراً ، فهو الظاهر من كـلمات** ... إلى آخره .

الذي يريد أن يستفيده المصنف ﷺ من الكلمات التي سينقلها ، أمران :

الأول ـ أن المراد من الغرر هو الخطر لا الخديعة .

والثاني ـ ان الغرر يشمل مثل المبيع الممتنع تحصيله ، الغير المقدور تسليمه ، كما هو محل الكلام ، فلذلك يلزم النظر في الكلمات ، وملاحظة الجهتين .

قوله : **وعن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر** ... إلى آخره .

لا يخفى أن تفسير ما عن النهاية الغرر بماله ظاهر يغر المشتري ، وبـاطن مجهول لا يناسب الخطر ، بل يناسب الخديعة ، بل هو معنى الخديعة ، كما أنـه لا يشمل ممتنع التحصيل الغير المقدور تسليمه ، فما ذكره المصنف ـ فيما سيأتي ـ من عدم منافاة ما في عن النهاية لهذا التفسير لم يظهر بالتأمل .

اللهم إلا أن يقال : ليس المراد بأن له ظاهر يغر المشتري أن المشتري يعلم من ظاهره أنه ممكن تحصيله وأنه لا عيب فيه ، فيحمل على معنى الغفلة والخديعة ، بل المراد ...[1] .

---

(١) الى هنا ينتهي ما بأيدينا من الأوراق المتضمنة لتعليقة الشيخ المظفر ﷺ على قسم البيع من كتاب المتاجر

المحتويات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

المجدّد المجتهد آية الله
الشيخ محمد رضا المظفّر قدس سره

الحاشية على البيع والخيارات

من

كتاب المكاسب للشيخ الأنصاري قدس سره

اعداد :

الشيخ جعفر الكوثراني العاملي

« القسم الثاني »

القسم الثاني :

حاشية الخيارات

كتاب الخيارات

بسم الله الرحمن الرحيم

وعليه نتوكل، وبه نستعين.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، واللعنة على أعدائهم أجمعين[1]

قوله ﴿ره﴾: الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار ... إلى آخره.

كما نقل عن جملة من كتب اللغة المعتبرة، وقد ينقل عن بعضهم: أنّ الخيار بمعنى الاختيار فيكون مصدراً.

والفرق بين المصدر واسم المصدر: أن المصدر ما دلّ على الحدوث والتجدد، واسم المصدر ما دلّ على نفس الحدث الموجود بما له من الوجود الخاص به، كسائر الموجودات، مع قطع النظر عن انتسابه إلى فاعله، كما كان كذلك في المصدر، كما أوضحنا ذلك في أول البيع، فراجع.

وعليه، فلا يبعد صحة ما هو المنقول عن جماعة من أهل اللغة من كونه اسم مصدر؛ لأنّ الخيار ليس هو عبارة عن إيجاد الخيرة، بل هو عبارة عن نفس المعنى

---

١ ـ أرّخ المصنف ﴿ره﴾ حاشيته هذه بيوم ٢٧ شوال ١٣٥٢ [هـ].

الذي يوجده المختار باختياره ، فيقال لمن اختار : أعْمَل الخيار ، كما هو المتعارف مثل هذا الإطلاق في لسان الفقهاء .

وليس معنى الخيار عندهم إلّا ما هو المعنى عند أهل اللغة ، وليس الفرق إلّا بالإطلاق والتقييد ، وإن كان قد يطلق الخيار على نفس حق الخيار ، وحق الخيار غير الخيار بالضرورة ، وسيأتي التنبيه عليه إن شاء الله تعالىٰ .

قوله ﷺ : غلّب في كلمات جماعة من المتأخرين ... إلى آخره .

قد أشرنا في الحاشية السابقة أن للخيار في لسان الفقهاء ـ بل الاخبار ـ إطلاقان :

أحدهما : إطلاقه بما له من المعنى اللغوي ، وهو اسم المصدر من الاختيار ، لكن إنما يستعملونه في بعض مصاديق المعنىٰ اللغوي ، وهو الخيار في البيع مثلاً .

وثانيهما : إطلاقه على[1] نفس الحق وملك الخيار ، فيكون الاختلاف بين الإطلاق الأول والمعنى اللغوي بالإطلاق والتقييد ، بخلاف الثاني ، فإن الاختلاف بالتباين ، للمباينة بين الحق والملك وبين المتعلق لهما .

والإطلاق الأوّل شائع ، كما في قوله عليه السلام : « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا »[2] ، وقوله عليه السلام : « الخيار لمن اشترى نَظِرة ثلاثة ايام »[3] .

فجعل الخيار مملوكاً للمشتري في الأخير ؛ لدخول لام الملك ، ولا معنى لأنْ يراد منه الحق .

والإطلاق الثاني هو المتعارف في لسان الفقهاء ، وربما استعمل في بعض الروايات .

---

١ ـ في الأصل : عن .
٢ ـ وسائل الشيعة ١٨ : ٦ كتاب التجارة ، باب ١ من الخيار ، حديث ٣ . (مصدر مذكور) .
٣ ـ المصدر المتقدم ، باب ٣ ، حديث ٩ ، ص ١٢ .

والمقصود في المقام تعريف المعنى الثاني ، أعني حق الخيار ، وهو المقصود من كلام المصنف : (غلّب في كلمات جماعة من المتأخرين ...) ، لا المعنى الأوّل .

والظاهر أنه بالمعنى الأوّل ليس فيه نقل عن المعنى اللغوي ، إذ ليس الاختلاف ـ كما سمعت ـ إلّا بالإطلاق والتقييد ، فلعله استعمل اللفظ بما له من المعنى اللغوي في بعض مصاديقه ، كما ربما يرشد إليه ما نقل عن بعض أهل اللغة ، وعلى كل حال فالأمر سهل .

قوله ﷺ **: فيدخل ملك الفسخ .... إلى آخره .**

أي فيدخل في التعريف ملك فسخ العقد في العقود الجائزة ، وعقد الفضولي إلى آخر الأمثلة التي ذكرها المصنف ﷺ .

وهذا إيراد على التعريف بعدم كونه مانعاً ؛ لأن ملك الفسخ في هذه الأمور لا يسمىٰ خياراً ؛ لأنه ليس بحق ، بل حكم ، مع أنه يصدق عليه ملك الفسخ ، ولكنه ﷺ أجاب بعد ذلك بقوله : **ولعل التعبير بالملك للتنبيه** ... إلى آخره .

وتوضيح ما أفاده ﷺ : أن الملك تارة يطلق ويراد منه مطلق القدرة والسلطنة الحاصلة من الحكم الشرعي أو من الأمور الوضعية .

وأخرى يطلق ويراد منه المعنى الوضعي المجعول أو الانتزاعي على رأيٍ ، المنشأ ذلك بمثل عقد البيع والإجارة ، وأمثال ذلك .

فإن أريد من الملك المعنى الأول دخلت هذه الأمور في التعريف ، فلا يكون مانعاً .

وأمّا لو أريد منه المعنى الثاني ، كما هو المتعارف إطلاقه في لسان الفقهاء ، فتخرج هذه الأمور ؛ لأن السلطنة فيها على الفسخ حكم شرعي ، لا حكم وضعي ، بخلاف الخيار ، لأنه حق ، وفرق بين الحكم والحق ، فإنّ الحقّ مرتبة من

مراتب[1] الملكية ضعيفة ، كما هو المعروف في لسان المتأخرين .

لكن يبقىٰ شيء أنّ الملكية إنّما تتعلق بالأعيان أو المنافع ، لأنّها اعتبار مقولة الجِدَة كما هو الحق ، وحق الخيار هو ملك الخيار ، أو ملك الفسخ ، كما في التعريف ، والفسخ ليس عيناً ولا منفعة ، فلا معنى لإطلاق الملكية عليه بهذا المعنى ، إلّا أنّه قد عرفت أنّ الحق عندهم مرتبة ضعيفة من مراتب الملكية .

ومعنى ذلك أنه أمر وضعي مجعول يُشبِه الملكية ، وضعفه باعتبار عدم تعلقه بالعين أو المنفعة ، فصح إطلاق الملك عليه ، ولذلك قال المصنف : (ولعلّ التعبير بالملك ؛ للتنبيه علىٰ أنّ الخيار من الحقوق) .

ومنشأ ذلك أنّ لفظ الملك ظاهر بالمعنى الثاني في كلمات الفقهاء ، ولا يبعد أن يكون هو المراد من التعريف ، ولذلك كان تنبيهاً على أن الخيار من الحقوق ، كما هو واضح لمن تدبر[2] .

والمهم في المقام بيان الفرق الحقيقي بين الخيار وبين الردّ في العقود الجائزة ، وفي عقد الفضولي ، وسائر الأمور التي ذكرها المصنف ، وعليه يبتني فهم التعريف المذكور حقّ الفهم .

فنقول : قد ذكر العلماء وأطبقوا عليه[3] أنّ كلّ عقد تدخله الإقالة يدخله الخيار وبالعكس ، فكل عقد لا تدخله الإقالة لا يدخله الخيار .

فالوقف والنكاح حيث لا تدخلهما الإقالة لا يدخلهما الخيار ، وذكروا أنّ الخيار يقبل النقل والإسقاط ويورث ، فيستكشف من ذلك[4] أنّ الخيار حق من الحقوق .

---

١ ـ في الأصل : مراتبة .
٢ ـ في الأصل « تبدر » .
٣ ـ كذا .
٤ ـ في الأصل يوجد سهم من كلمة « ذلك » إلى السطر الأعلىٰ علىٰ « لا تدخلهما » .

وحقيقة معنىٰ ذلك أنه أمر بيد العاقد وتحت سلطنته ، ومن لوازم ذلك القدرة علىٰ نقله وإسقاطه ، فيكون له التصرف فيه علىٰ النحو الذي يناسبه ، فيخالف الحكم ؛ لأنّ الحكم أمر بيد الحاكم ، فليس لغيره التصرف ، ولا يزول إلّا بارتفاع موضوعه أو برفع الحاكم له ، إذ لا حكم لأحد في سلطانه ، بخلاف ما لم يكن من خواص الشارع وأحكامه كالحقوق والملكية الاصطلاحية ، فإنّ من له هذه الأمور له أن يتصرف بالتصرفات التي تناسبها ؛ لأنها داخلة تحت سلطانه بجعل الشارع له هذا السلطان ، واستكشاف هذا المعنىٰ غالباً يكون بطريق الإن ، كما قلنا في الخيار ، فإنه يستكشف كونه حقاً من قبوله للنقل والاسقاط ، ومن اجماعهم علىٰ أنّ كل ما تدخله الإقالة يدخله الخيار وبالعكس .

فيعلم من هذا البيان ان الخيار يخالف مثل جواز الرد في العقود الجائزة ، وجواز فسخ عقد النكاح في هذه الأمور التي ذكرها المصنف ﷺ ؛ لأن مثل هذه الأمور من قبيل الأحكام ؛ لعدم قبولها للنقل والتوريث والسقوط بالاسقاط .

ومناط كون الشيء حكماً هو هذا ، وبذلك يفترق عن الحق ، وليس عندنا للحق معنى آخر غيرما تترتب عليه الآثار ، فما لا تترتب عليه هذه الأمور ، فليس بحق .

ولا يصغىٰ إلىٰ ما قد يقال : إن بعض الحقوق ربّما لا تثبت لها هذه الآثار ، أعني قبول النقل والسقوط والتوريث ، فلا يستكشف من عدم ترتب هذه الأمور أنه ليس بحق ، بل لا بُدّ من استكشاف كونه حكماً ، وللكلام في هذا محل آخر .

والغرض بيان افتراق هذه الأمور المذكورة في عبارة المصنف عن الخيار لكونه حقاً ، ولكونها أحكاماً ، والتعريف بملك فسخ العقد لا يشملها ، وإن قلنا : إن المراد من الملك هو السلطنة والقدرة ، بل لا بُدّ من إرادة ذلك ، كما سيأتي توضيحه ، والاعتبار شاهد علىٰ ذلك الافتراق ، وكون الخيار حقاً من الحقوق ،

دون غيره من هذه الأمور المذكورة .

فإنّا إذا[1] لاحظنا المعاملات من غير جهة الشرع واعتبار الشارع لها ، بل نرجع إلى العرف والطريقة الجارية بين الأمم ، لا من حيث كونهم متشرعين ، فإنّا نرىٰ بعض المعاملات ممّا بنىٰ العقلاء ـ لا من جهة الشرع ـ علىٰ لزومها في حدّ ذاتها ، حفظاً لنظامهم ومصالحهم العامّة ، كمعاملة الزواج مثلاً ، فإنّها معاملة بين الناس بنوا على لزومها ودوامها[2] ، إذ نظام المعيشة النوعية مما يتوقف علىٰ ذلك من دون توقف علىٰ الالتزام من الزوجين ، وتمليك أحدهما التزامه للآخر ، على العكس من الهبة ، فإنّها حيث كانت إحساناً ، فالإحسان بطبعه لا يقتضي اللزوم ولا قهر المحسن على إحسانه ، ونرىٰ بعض العقود شأنها اللاإقتضاء ، كالمبادلة ، فإنّها بحسب ذاتها وطبعها لا تقتضي اللزوم والدوام ولا تقتضي عدمه .

وإنّما يتحقق اللزوم إذا شاء أحد المتبادلين أن يملّك التزامه للآخر ، فقد يكون ذلك التمليك للالتزام من الطرفين ، وقد يكون من طرف واحد .

وحيث كان الالتزام بجعلهما لا بمقتضىٰ طبيعة المعاملة ، فلهما بعد الاتفاق أن يستردا هذا الالتزام وينقضا هذه المعاملة ، وهذا ما نسمّيه بالإقالة ، فإنّ حقيقتها[3] فسخ من الطرفين بتراضيهما .

وهذا بخلاف القسم الأول ، فإنه لمّا كان اللزوم بمقتضىٰ طبيعة المعاملة لا بجعل المتعاملين ، لا مجال لهما أن ينقضا هذا اللزوم ؛ لأنّه لم يكن بإعطائهما حتىٰ يسترجعاه ولو برضاهما معاً ، ولذا إنّ النكاح كالوقف وأمثالهما لا تقبل الإقالة أصلاً .

---

١ ـ في الأصل : إذ

٢ ـ في الأصل : ودومها .

٣ ـ في الأصل : حقيقها .

وهذا هو السرُّ في الكلّيتين المتقدمتين أنّ كلّ ما يدخله الخيار تدخله الإقالة، وكلّما تدخله الإقالة يدخله الخيار ، إذ ما تدخله الإقالة ما كان اللزوم بجعل المتعاملين ، لا بمقتضىٰ طبع المعاملة ، فلا محالة لهما أن لا يجعلا اللزوم ، فيدخل الخيار ، كما أن ما يدخله الخيار لا بُدّ أن لا يكون لزومه بمقتضى طبعه ، وإلّا لما صحّ عدم جعل اللزوم أو جعل عدم اللزوم ، وما كان لزومه لا بطبعه تدخله الإقالة .

إذا عرفت ذلك فالشارع الأقدس إذا اعتبر المعاملة التي من طبعها اللزوم ، وجعل لها عقداً تنشأ به ، فلا محالة يكون المنشأ تلك المعاملة التي هي من طبعها ذلك ، وإن جعل لإنشائها شروطاً خاصة وقيوداً ، كما في النكاح .

وعليه يكون اللزوم لزوماً حكمياً لا جعلياً عقدياً ، فليس لأحد المتعاملين التصرف برفعه وحلِّه .

نعم ربّما يجعل الشارع ما يكون رافعاً له ، كالطلاق والفسخ بالعيوب ، ولكن كل هذا يكون من باب الأحكام لا يورث ، ولا يسقط بالإسقاط ، ولا يصحّ نقله ؛ لأنه رفع لذلك اللزوم الحكمي ، فلا بُدّ أن يكون جوازاً حكمياً أيضاً ، ومثل ذلك أيضاً تسلط العمة أو الخالة علىٰ فسخ العقد على ضرتها بنت الأخ أو الأخت ، وتسلط الأمة المزوجة من عبد علىٰ فسخ العقد إذا تحررت .

ولذا إن مثل هذه الأمور لا يجوز اشتراط عدمها في ضمن العقد ، إذ ليست بجعل المتعاملين وتحت قدرتهما رفعاً ووضعاً ، فلا محالة يكون كل من اللزوم والجواز في المقام حكماً شرعياً كسائر الاحكام الشرعية ، ليس للمتعاملين يد فيهما رفعاً ووضعاً ، كما أن الشارع إذا اعتبر المعاملة التي من طبعها عدم اللزوم ، كما في العقود الجائزة كالهبة ، كما تقدم ، فالعقد الذي تنشأ به لا ينشؤها إلّا كذلك ، فلا تقبل اللزوم ، وإن التزم المنشئ وملّك التزامه للآخر .

نعم لو جعلها الشارع لازمة كما في هبة الأرحام ، فذلك أمر آخر ، ويكون لزومها حينئذٍ كجوازها حكماً شرعياً ، لا لزوماً وجوازاً عقدياً[1] ، ولذلك لا تقبل هبة الأرحام الإقالة .

ومن جميع ذلك يتضح الكلام في العقود التي لا تقتضي بطبعها اللزوم ولا الجواز ، كالبيع والاجارة إلى غير ذلك من عقود المعاوضات ، فإنه إذا أمضاها الشارع واعتبرها بالشروط الخاصة منشأة باللفظ لا تقع لازمة بدون إلتزام المتعاقدين ، وتمليك التزام كل منهما للآخر ، كما أنها تقع جائزة إذا لم يملِك كل منهما التزامه للآخر ، سواء ملّك أحدهما فقط إلتزامه للآخر ، فتقع لازمة من أحد الطرفين وجائزة من الطرف الآخر ، أو لم يملِك كلّ منهما التزامه للآخر أبداً علىٰ نحو العموم ، فتقع جائزة من الطرفين .

وعليه يكون كلّ من الجواز واللزوم عقديّاً لا حكمياً ، فلمن ملك التزامه الإقالة ، ولمن لم يملِك الفسخ والإمضاء ، فيكون الخيار على هذا حقاً وأمراً تحت قدرة من له الخيار الذي لم يملّك التزامه وداخلاً تحت سلطانه ؛ لأنه جعلٌ من وظيفة المتعاملين ، لا ممّا جعله الشارع ومن أحكامه ، وما هو داخل تحت سلطانه، حتىٰ لا يكون لغيره التصرف في سلطانه ، فلذلك يكون حقّ الخيار يورث ويسقط بالإسقاط ، ويقبل النقل كسائر الحقوق .

إذا عرفت ذلك كلّه يتّضح لك الفرق بين الخيار وبعض الأمور التي ذكرها المصنف ، مثل جواز الرد في العقود الجائزة ، وفسخ عقد النكاح في العيوب ، وللعمّة والخالة إذا عقد زوجها على بنت الأخ والأخت ، فإن الجواز في مثل هذه الأمور جواز حكمي ، ولا يصحّ إطلاق الملك عليه إلّا بنوع من المسامحة ، كإطلاق السلطنة ؛ لأنه ليس من سلطان من له ذلك ، بل هو من سلطان جاعله وهو

---

١ ـ في الأصل : عقدين .

الحاكم، بخلاف حق الخيار ، فإنه من سلطان نفس المتعاملين وحقوقهما ، وبهـذا يصحّ إطلاق الملك عليه بمـعنى القـدرة والسـلطنة والسـيطرة ، لا بمـعنى المـلك الاصطلاحي الّذي لا يتعلّق إلّا بالأعيان .

وبهذا يتّضح أن قول المصنف ﷺ : (ولعلّ التعبير بالملك ... إلى آخره) ليس غرضه أن المراد من الملك هو الملك الاصطلاحي ، كما قلناه سابقاً ، بل الملك بمعناه اللغوي الّذي لا يصح إطلاقه على مثل جواز الردّ في العقود الجـائزة ، وجـواز الفسخ في عيوب الزوجة والزوج ، وإن أُطلق عليه بضرب من التأويل .

والحاصل أنه بهذا الاستقراء المتقدّم والمراجعة إلى العرف في فهم العـقود علىٰ أنحائها تستطيع أن تقع علىٰ حقيقة الخيار بأيّ تعبير عبّر .

وأحسن التعبير عنه ما ذكره المصنف ﷺ : (من أنه ملك فسخ العقد) بهذا المعنى للملك المتقدم .

وبهذا تعرف كيف يكون التعبير بالملك تنبيهاً علىٰ أنّه من الحقوق ، فتدبّر ولاحظ .

وفي الحقيقة إن ملك الفسخ من لوازم حق الخيار لا نفسه ، فإنّه عـلىٰ مـا قدّمناه يكون حق الخيار نفس القدرة والسلطنة على العقد ، فيكون ذلك تعريفاً باللازم ، فيخرج حينئذٍ عن التعريف جواز الردّ في العقود الجائزة ، وجواز فسخ عقد النكاح في هذه الأمور التي ذكرها المصنف ﷺ .

وأمّا خروج جواز الفسخ والإمضاء في عقد الفـضولي ، وخـروج مـلك الوارث ردّ العقد علىٰ ما زاد علىٰ الثلث فواضح ؛ لأن ذلك ليس من قبيل الحق والسلطنة على نفس العقد كالخيار في عقود المعاوضات ، بل ذلك من باب السلطنة على نفس المال ، فإنّ المالك في الفضولي والوارث بالنسبة إلى ما زاد على الثلث مالك حقيقة للمال ، ولم ينتقل بعقد الفضولي وبوصية الميت عن ملكه ، فليس ذلك

ابتداءً ملك للفسخ بعد فرض وقوع عقد يحتاج انحلاله إلى فسخ ، ولذا كـان في الفضولي والوصية يكفي في الإنحلال عدم الإمضاء وعدم الرضا ، وتسـمية ذلك فسخاً تسامحاً ، فلا يحتاج إلى قولٍ أو فعل يتحقق به إنشاء الفسخ ، وإنّما المحتاج إلى ذلك هو الامضاء ، علىٰ العكس في العقد الخياري ، فإن بقاء العقد علىٰ مـقتضاه يكفي فيه عدم الفسخ ، ولا يحتاج إلى إنشاء بقول أو بفعل ، وإنّما المحتاج إلى ذلك هو الفسخ .

نعم إسقاط خياره الذي نسميه إمضاءً هنا يحتاج إلى الإنشاء بـالقول أو الفعل ، بخلاف الفضولي والوصية الزائدة على الثلث ، فإن نفس بقاء العقد يحتاج إلى الإنشاء ، فضلاً عن لزومه وسقوط الخيار لو كان هناك خيار ، ولذا إن المالك في الفضولي ، وكذا الوارث في الوصية لو أمضىٰ بالقول أو الفعل لا يمضي إلّا نفس العقد تصحيحاً لَهُ ، ولا يسقط ما كان من خيار لو كان لذلك العقد خيار ، مـثل خيار العيب أو المجلس ، أو غير ذلك من الخيار ، على تفصيل تقدّم في محله في بيع الفضولي ، فراجع واستغنم[1] .

قوله ﷺ : وقد يعرّف بأنه ملك إقرار العقد ... إلى آخره .

كما في الرياض ، وما ناقش به المصنف ﷺ أمر ينبغي الاعتماد عليه .

توضيحه : أن إقرار العقد تارة يراد منه عدم الفسخ وابقاء العقد علىٰ حاله ، وقد عرفت أن إبقاء العقد علىٰ حاله يكفي فيه عدم صدور الفسخ ، ولا يحتاج إلى إنشاء .

وأخرىٰ يراد منه تثبيت العقد وجعله لازماً بعد أن كان جائزاً .

فإن أريد من الإقرار في التعريف الأول الذي هو عبارة عن نقيض الفسخ فيكون أمراً عدمياً ، فإن الأمور العدمية علىٰ التحقيق لا تتعلّق بها القدرة ، والملك

---

١ ـ في الأصل : واستغم .

عبارة هنا عن القدرة والسلطنة .

نعم نسبة القدرة إلى الترك لنسبتها إلى الفعل علىٰ طبع القدرة علىٰ الفعل ، ولذا يقال المختار إذا شاء فعل ، وإذا لم يشأ لم يفعل ، لا أنّه إذا شاء لم يفعل ، وإن اشتهر أن القدرة على الفعل والترك معاً ، وجرىٰ عليه المصنف ﷺ في كلامه .

إلّا أنّ التحقيق أنّه في الترك علىٰ طبع القدرة علىٰ الفعل ، كما سمعت الآن ، وعلىٰ كل حال فذكر الترك مستدرك لكفاية ذكر الفعل المقدور ، بل لا معنىٰ له ، لعدم تعلق القدرة به .

وإن أريد من الإقرار الثاني ، فيكون أمراً وجودياً ، ويقابله الفسخ تقابل الضد للضد ، ففيه أولاً : أنّ مرجع ذلك إلى إسقاط الخيار ، ضرورة أن العقد بنفسه يقتضي دوام الملكية للطرفين ، لا يحتاج إلى جعل من أحد المتعاقدين غير صدور نفس العقد منهما ، بخلاف الإمضاء في الفضولي ، كما تقدمت الإشارة ، فلا يصح أن يراد من الإقرار هنا معنى وجودي إلّا إسقاط الخيار ، ولا ينافي ذلك أن الخيار ـ كما تقدم ـ هي السلطنة على العقد ، فإن السلطنة على الشيء الحاصل ليس من مقتضاها تثبيت متعلّقها ، فإن السلطنة سلطنة ليس فوق ذلك شيء إلّا رفعها . كما في السلطنة على الأعيان .

نعم لمن له السلطنة على الأعيان أن يرفع هذه السلطنة وأن لا يرفعها ، أما إبقاء العين وتثبيتها فذلك نفس وجود العين مسلطاً عليها كاف فيه ، ولا يحتاج إلى إعمال زائد للسلطنة فوق نفس السلطنة .

فلا محالة لا بُدّ أن يرجع إقرار العقد بهذا المعنى من الإقرار إلى إسقاط العقد ورفع هذه السلطنة التي له .

ولا معنى لأخذ هذا المعنىٰ في تعريف نفس الخيار ، فإنّ إعدام الشيء كعدمه ، لا يعقل أن يكون نفس مفهوم الشيء وهو نقيضه ، كما أنّه ليس من لوازمه

وآثاره ، فإن آثار الشيء الثابتة له إنّما تثبت بعد فرض وجوده وثبوته ، وإعدامه هو نفس عدمه ، فكيف يعقل أن يثبت له بعد وجوده ؟! وإلّا اجتمع النقيضان .

فإن قلت : إن إقرار العقد ليس هو عبارة عن نفس إسقاط الخيار مفهوماً ، وإنّما إقراره مسبب عن إسقاط الخيار .

قلت : وإن سلم ، فليس الإقرار إذن نفس الخيار ولا من لوازمه ، بل من لوازم نقيضه ، فكيف يصح تعريفه به .

وثانياً[1] لو سلمنا أن الإقرار بهذا المعنى لا يرجع إلى إسقاط الخيار ، بل عبارة عن جعل العقد لازماً ثابتاً لا يزول في قبال فسخه وإزالته ، فإن مقتضىٰ ذلك أنه لو كان الخيار للطرفين ، وأمضى العقد أحد الطرفين ، فإن العقد يكون لازماً ، ولا مجال لفسخ الآخر حينئذٍ ، مع أنه من الضروري عندهم أنه إذا أمضى أحد الطرفين ، فإنّما يكون لازماً من طرفه فقط لا مِنَ الطرفين ، فإذا فسخ الآخر انفسخ العقد ، وعلىٰ هذا بنوا تقديم الفسخ على الإمضاء لو تعارضا ، وإرادة اللزوم من أحد الطرفين فقط لا مطلقاً ، فليس لذلك معنىٰ غير إسقاط الخيار ، ورفع اليد عمّا له من السلطنة المجعولة له ، إمّا بجعلهما أو بجعل الشارع ، كما في خيار المجلس والحيوان ، وأمثال ذلك ، فيعود ما قلناه أولاً .

والحاصل : أنه إمّا أن يراد من جعله لازماً وتثبيته من طرف واحد ، فليس له معنىٰ إلّا إسقاط الخيار ، وإمّا أن يراد من الطرفين ، فمقتضاه عدم تقديم الفسخ على الإمضاء ، كما هو مسلّم عندهم فيما إذا كان الخيار لطرفين ، وأمضىٰ أحدهما وفسخ الآخر .

فإن قلت : فرق بين الإمضاء والفسخ ، فإنّ الفسخ حيث يكون معدماً للموضوع ـ وهو العقد ، فيسقط خيار الآخر ، ولا مجال حينئذٍ لإعماله ـ سالبة

---

١ ـ كذا ، ولم يرد : أولاً .

بانتفاء الموضوع .

وهذا بخلاف الإمضاء ، فإن العقد فيه يتأكد ثبوته ، والمفروض أنّ للآخر خيار ، ومع فرض ثبوت الموضوع وبقائه أيّ مانع من إعمال الآخر سلطنته ، فيُزيل العقد بالفسخ .

والحاصل : أن تثبيت العقد من أحد الطرفين وجعله لا يزول ، لا يقتضي زوال سلطنة الآخر وخياره ؛ لأن الموضوع بعد لم ينتفِ ، بل تأكد ثبوته حتىٰ ينتفي الخيار لزوال الموضوع ، كما كان في صورة الفسخ ، وليس أحد الطرفين له السلطنة أيضاً على إزالة خيار الآخر وإسقاطه حتىٰ يزول خياره بمجرد إعمال الأول خياره فلامحالة يكون الخيار له باقياً .

قلت : بعد أن فرضت أنّ من له الخيار له القدرة علىٰ إقرار العقد وجعله ثابتاً لا يزول بمعنى زائدٍ علىٰ إسقاط الخيار ، فلا محالة لا مجال لإعمال الآخر خياره ، فإن الشيء الثابت اللازم المفروض أنه لا يزول ، كيف يتصور القدرة على زواله ؟! فلا محالة يسقط خيار الآخر ، لعدم تزلزل موضوعه ، كما كان في انعدام موضوعه ، حذو النعل بالنعل فتدبّر جيداً .

ولكن الإنصاف ينبغي أن يقال : إن الإقرار الذي هو إعمال الخيار ، وإن كان عبارة عن جعل العقد ثابتاً لا يزول ، إلّا أنه ليس معناه جعله ثابتاً من جميع الجهات ، وانما الغرض جعله ثابتاً من جهته بتمليكه الالتزام[1] للآخر .

ولازم هذا المعنىٰ هو إسقاط الخيار ، لأنه إذا أعمل خياره ، فقد سقط طبعاً ، كما أنّ لازم إسقاط الخيار إقرار العقد ، والتلازم بينهما هو الذي يوقع الوهم في الاشتباه ، وإلّا فمفادهما ليس أمراً واحداً ، وكلّ منهما ينشأ بغير ما ينشأ به الآخر ،

---

١ ـ في الأصل : الالتزامه .

ويشهد لذلك قوله عليه السلام في خيار الحيوان « فذلك رضىٰ منه »[1] أي الحدث قبل الثلاثة ، فجعل التصرف مصداقاً للرضىٰ بالعقد ، وهذا غير معنى الاسقاط فيكون التصرف منشأ به الامضاء والاقرار .

ويفهم من هذا أن الإقرار كالإسقاط يحتاج إلى الإنشاء قولاً أو فعلاً .

نعم بقاء العقد علىٰ حاله لا يحتاج إلى إنشاء ، ويكفي فيه عدم الفسخ ، ولكن مجرد ذلك لا يوجب ثبوت العقد من قبله وسقوط خياره ، بل الخيار يبقىٰ ما دام زمانه باقياً ، ولو كان هذا إعمالاً للخيار للزمه سقوطه .

ومن هذا التقرير يظهر أن هذا التعريف للخيار ، وهو (ملك إقرار العقد وازالته) خير من تعريف المصنف بـ (ملك فسخ العقد)

أصالة اللزوم في البيع :

قوله ﷺ : إن الأصل في البيع اللزوم ... إلى آخره .

إن أصالة اللزوم لا يختص الكلام فيها بالبيع ، بل ذلك جارٍ في جميع العقود ، فينبغي البحث هنا عن معنىٰ اللزوم المتنازع في أصالته في جميع العقود ، وفي خصوص البيع وأمثاله ، من عقود المعاوضات ، كالإجارة والصلح المتضمن للمعاوضة .

فنقول : قد عرفت في الحاشية السابقة أن العقود بحسب وضعها الأصلي وتشريعها من العقلاء والعرف أو الشرع علىٰ ثلاثة أنحاء :

تارة يكون العقد بحسب وضعه وما بني عليه في أصل تشريعه من العقلاء هو اللزوم والدوام ، كما في عقد النكاح والوقف وأمثالهما ، فيكون مقتضياً للّزوم .

١ ـ الوسائل ١٨ : ١٣ ، باب ٤ من أبواب الخيار ، حديث ١ . (مرجع مذكور) .

وأخرىٰ يكون بحسب وضعه علىٰ نحو الجواز، كـالهبة، لأنهـا إحسـان، والإحسان عند العقلاء لا يرونه لازماً على المحسن، فيكون مقتضياً للجواز.

وثالثة يكون على نحو اللاإقتضاء فلا يقتضي اللزوم ولا الجواز.

وقلنا: إن الشارع إذا أمضىٰ المعاملة التي من شأنها اللزوم أو الجواز تقع كذلك، فيكون لزومها أو جوازها حكمياً لا تقبل الانقلاب باختيار المتعاملين إلّا بالأسباب الّتي يضعها الشارع ويقررها، كالطلاق في النكاح، فلا يقبل ما كان لزومه حكمياً أن يكون جائزاً بالجواز العقدي الحقيّ، ولا ما كان جوازه حكمياً يقبل أن يكون لازماً باللزوم العقدي الحقي.

وأمّا ما كان مـن قـبيل القـسم الثـالث فـيقبل النـحوين؛ لأن حـقيقته اللاإقتضاء.

فإن علم أن العقد من قبيل القسم الأول أو الثاني فلا كلام، ويكون لازماً أو جائزاً، لزوماً أو جوازاً حكمياً لا يقبل الأوّل الجواز العقدي، ولا الثاني اللزوم العقدي.

وإن علم أنه من قبيل الثالث، فلا يحكم عليه بشيء من اللزوم والجـواز الحكميين، ويقبل اللزوم والجواز العقديين[1]، كما سمعت، فيكون لازماً بالتزام المتعاقدَين، وجائزاً بعدم التزامهما، فإن ثبت التزام المتعاقدين أو عدم التزامهما، كما في البيع المشروط فيه الخيار فذاك، وإلّا لو خلّي العقد ونفسه من دون جعل للالتزام منهما ولا لعدمه، أو شك في التزامهما، فهل مقتضىٰ الأصل أن يكون لازماً أو جائزاً؟ وقد تختلف العقود التي تكون من هذا القبيل بـعضها بـعض، لكـن المشهور أن الأصل اللزوم في مطلق العقد وخصوصاً في البيع.

ثمَّ لو شكّ في عقد أنه من قبيل القسم الأول الذي يكـون لازمـاً لزومـاً

---

١ ـ في الأصل: العقدين.

حكمياً ، أو من قبيل القسم الثاني الذي يكون جائزاً جوازاً حكمياً ، فيرجع الشك في اللزوم والجواز الحكميين ، بخلاف ما تقدّم ، فإن الدوران يكون بين الجواز واللزوم العقديين ، فهل الأصل أيضاً هنا اللزوم ؟

ربّما يظهر من بعض الكلمات أنّ الحكم بأصالة اللزوم عام لمثل المقام ، وإن كان تمسكهم بعموم وجوب الوفاء بالعقد ينفي ذلك ، فإن العقد عبارة عمّا عقده المتعاملان ، وكان اللزوم بجعلهما ، كما أنه قد يشك في أن العقد المعلوم كونه لازماً ، هل لزومه حكمي أو عقدي ؟ والعقد المعلوم كونه جائزاً ، هل جوازه حكمي أو عقدي ؟ وللكلام في هذا محل آخر .

والمهم في المقام البحث عن البيع ، وقد عرفت أن محل الكلام في البيع وفي أمثاله من العقود التجارية هو اللزوم والجواز العقديين لا الحكميين ؛ لمعلومية كون البيع وما يشبهه ليس لزومها لزوماً حكمياً .

والحقّ كما عليه المشهور ، أو المجمع عليه ـ كما يستفاد من بعض ـ هو أصالة اللزوم .

ويمكن تقريب هذا الأصل بوجهين :

الوجه الأول في تقريب الأصل :

الأوّل : إنه قد تقدم منّا في المعاطاة وغيرها : أن حقيقة البيع هو المبادلة بين المالين ، ومعنى ذلك أن الإضافة الحاصلة بين المالك والمال التي ينتزع منها أن صاحب المال مالك ، والمال مملوك لا تنتقل في البيع ، بل لا يعقل فيها النقل ، فلا يقع التبديل بين الملكيتين أو الإضافتين ، بل إنما يكون التبديل بين طرفي الإضافتين فقط ، فالبائع يجعل المبيع بعد أن كان طرفاً لإضافته المالكية طرفاً لإضافة

المشتري المالكية إلى الثمن بدلاً عن الثمن ، فيكون طرفاً لتلك الإضافة التي كان الثمن طرفاً لها ويحلّ محلّه ، وكذلك المشتري يجعل الثمن طرفاً لإضافة البائع المالكية إلى المبيع بدلاً عن المبيع ، فيكون طرفاً لتلك الإضافة التي كان المبيع طرفاً لها ، فيحلّ محلّه أيضاً ، فلا يحدث حينئذٍ تغيير وتبديل في نفس الإضافات ، بل إضافة البائع علىٰ حالها ، وإضافة المشتري أيضاً على حالها ، لكن كان الطرف لإضافة البائع هو المبيع ، فصار بهذه المبادلة الثمن في محلها ، وكان الطرف لإضافة المشتري هو الثمن ، فصار بهذه المبادلة المبيع في محلّها ، فليس التبديل إلّا بين الطرفين للإضافتين ، أعني تبديل نفس المالين ، كما يدلّ عليه التعريف.

وعليه إذ تبقىٰ إضافة كل من البائع والمشتري علىٰ حالها ، فلا بُدّ أن يكون البيع لو خليَ وطبعه يقتضي اللزوم ؛ لأنه كانت إضافة كل منهما إلى ماله قبل المبادلة علىٰ نحو اللزوم بلا تزلزل في نفسها ، فإذا كانت نفس هذه الإضافة باقية وتغيّر طرفها فقط ، فلا محالة تبقىٰ علىٰ ما كانت عليه من اللزوم .

وقد قرّب بعض أجلة مشايخنا هذا المعنى وهذا التبديل بين طرفي الإضافتين ، بأن الإضافتين كالخيطين خيط مشدود من رقبة المالك البائع إلى المبيع ، وخيط من رقبة المشتري المالك إلى الثمن .

ومعنىٰ تبديل الطرفين أن العقدة التي علىٰ المبيع تحلّ ، ويشدّ طرف الخيط في الآخر وهو الثمن ، والعقدة التي على الثمن تحلّ ويشد طرف الخيط على المبيع .

وأمّا طرفا الخيطين الآخرين فهما باقيان علىٰ حالهما على رقبتي المالكين ، والخيط المتصل برقبة البائع أو المشتري علىٰ حاله لم يتبدّل ، فكذا الإضافتان لا يتبدلان وباقيتان علىٰ حالهما من كونهما إضافتين لزوميتين .

نعم إلّا أن يكون البائع لا يشدّ طرف الاضافة أو الخيط في الثمن شدّاً وثيقاً ، وكذلك المشتري ، فيكون العقد جائزاً قابلاً للإنحلال ، وهذا معنىٰ أن كلاً من البائع

والمشتري قد لا يملك إلتزامه للآخر ، فيكون البيع بيعاً خيارياً ، وقد يكون عدم الشدّ الوثيق يكون بجعل الشارع لمصلحة وحكمة ، كما في خيار المجلس والحيوان ، وإلّا فعقد البيع ، مع قطع النظر عن جعل المتبايعين أو الشارع للخيار ، فبمقتضىٰ طبعه وأصله أن يكون لازماً .

وبهذا التقرير يظهر أنه لا ينافي هذا الأصل جعل خيار المجلس في كل عقد حتىٰ يقال : كيف تجتمع أصالة اللزوم في البيع مع دخول خيار المجلس في جميع أفراده .

التقريب الثاني للأصل :

الوجه الثاني من التقريب : أن الغرض من البيع عند المتعاملين كسائر العقود التجارية هو البناء علىٰ الانتفاع بالمبيع أو الثمن ليكون ملكاً لهما ، فالبناء الأصلي في المتبايعين هو أن يكون ما يشتريه ، أو ما يأخذه ثمناً ملكاً له ، يتصرف به كيف يشاء ، ليس لأحد معارضته فيه ، فاللزوم في البيع أمر تبانىٰ عليه المتعاقدون لمصالحهم وقضاء حوائجهم ، وهذا لا من جهة جعل جاعل أو بناء العرف أو العقلاء علىٰ أن يكون البيع لازماً بين المتبايعين مع قطع النظر عن التزام الطرفين ، كما كان في العقود اللازمة باللزوم الحكمي ، كما قلناه سابقاً ، فإن ذلك معنىٰ آخر .

والمقصود في المقام هو أن اللزوم من نفس بناء المتبايعين بأصل فطرة الناس من حيث الحاجة إلى المبادلة وانتظام معاشهم وقضاء حوائجهم شخصياً ، مع قطع النظر عن بناء العقلاء أو العرف أو الشرع ، بل هذا أمر يخص كلّ متعاقدين في نفسهما .

وهكذا الكلام في سائر العقود التجارية ، فإن الأُمم جرت في معاملاتهم التجارية بعضهم مع بعض ، وبين أمّة وأمّة علىٰ هذا الأساس ، والبناء بحيث إنما يشتري البضاعة لتكون له إلى الآخر كسائر أمواله ، بحيث لا يبقى لأحد التصرف فيها .

والحاصل أن طبع البيع والمبادلة هو الالتزام من المتعاقدين علىٰ تمليك أحدهما للآخر ليكون مالاً له ، ويخرج عن رقبة نفسه ، وقد يخرج نادراً عن هذا الأصل ، فلا يملّك أحدهما التزامه للآخر ، فيدخل الخيار في البيع بجعلهما .

وليس الغرض من هذا الكلام أن الغلبة في البيع ذلك حتىٰ يقال : إنه لا دليل علىٰ حجية الظن في الغلبة ، وأنّه إن أريد غلبة الأفراد فأغلبها ينعقد جائزاً ، لأجل خيار المجلس أو غيره من الخيارات ، وإن أريد غلبة الأزمان ، فلا ينفع في التمسك في الشك في الأفراد ، كما في الكتاب ، بل الغرض ـ كما عرفت ـ أن الأصل وطبع البيع هو أن يكون عن التزام من المتبايعين ، لتوقف انتظام امور معاشهم وقضاء حوائجهم على ذلك .

ولذا قال العلّامة في التذكرة ـ كما نقله في الكتاب ـ : والغرض تمكن كل من المتبايعين من التصرف فيما صار إليه ، وإنّما يتمّ باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه[1] . انتهىٰ .

والظاهر أن غرضه ما ذكرناه من الأصل ودخول خيار المجلس في أغلب أفراد البيع بجعل الشارع ذلك ، لا ينافي أن بناء المتعاملين على[2] اللزوم .

وإذا عرفت ما ذكرنا من كون الأصل في البيع في بناء أهل العرف المتعاملين به هو اللزوم ، فإذا أمضاه الشارع علىٰ هذه الحالة علىٰ ما عندهم ، فلا بُدّ أن يكون

---

١ ـ تذكرة الفقهاء ١ : ٥١٥ ط . حجرية (منشورات المكتبة المرتضوية / أيران) .
٢ ـ في الأصل : عن .

كذلك لازماً بطبعه شرعاً ، وإذا لم يمضه كذلك، فلا بُدّ أن يتبع دليله في ذلك .

ولكن المفروض أن الشارع أمضىٰ هذه المعاملة بما هي عليه عند العرف ، كما يدلّ عليه قوله تعالىٰ ﴿ أحلَّ الله البيع ﴾[1] وقوله تـعالىٰ ﴿ تـجارة عَـنْ تَراضٍ ﴾[2] وقوله تعالىٰ ﴿ أوفُوا بِالعقُودِ ﴾[3] .

فيثبت بمقتضىٰ هذه العمومات ـ الممضية لما عند الناس من معاملة البيع ، وغيرها من عقود التجارات ـ أن الأصل في البيع عند الشارع هو اللزوم ، كما في غيره من العقود ، ولا يخرج عن هذا العموم إلّا بدليل ، كأدلة خيار المجلس وخيار الحيوان ، وأمثال ذلك ، فإذا شك في مورد في الخروج عن هذا الأصل ، فالمرجع هذه العمومات .

ومنه تعرف سرّ ما تمسك به بعض الأعلام لأصالة اللـزوم بـقوله تـعالىٰ ﴿ أحل أللهُ البيع ﴾ ، وقوله تعالىٰ ﴿ أوفُوا بِالعقُودِ ﴾ ، فإنه ليس الغرض إثبات اللزوم من نفس هذين الآيتين ، حتّىٰ يستشكل في الأولىٰ بأنها لم تدل إلّا عـلىٰ حليّة البيع ، ولا دلالة علىٰ اللزوم المدّعىٰ .

وفي الثانية لزوم كثرة التخصيص بالنظر إلى سائر العقود الجائزة ، فإنّه بعد أن كان المستفاد منهما ليس إلّا إمضاء البيع الذي هو عند العرف ، وإمضاء العقود التي عندهم علىٰ ما هي عليها ، فلا بُدّ من إثبات لزوم البيع بهما ، لكونه كذلك عند العرف ، وقد أمضاه الشارع كذلك ، فلو كان عقد جائزاً عند العرف ، بمعنىٰ مـن الجواز يقابل اللزوم في البيع ـ وهو اللزوم العقدي الذي يكون بجعل المتعاقدين ـ فلا بُدّ أن يكون ذلك العقد جائزاً عند الشارع بهذا الدليل ، كما كان جائزاً عـند

---

١ ـ البقرة : ٢٧٥ .

٢ ـ النساء : ٢٩ .

٣ ـ المائدة : ١ .

العرف على نسق استفادة لزوم البيع عند الشارع من لزومه عند العرف وإمضائه بطريقتهم بحسب الفرض لو قيل : إن لفظ العقد شامل للعقد الجائز من حيث طبعه ، وإلّا فهو خارج تخصصاً كخروج العقود الجائزة واللازمة جوازاً ولزوماً حكمياً ؛ لعدم كون اللزوم والجواز فيها بجعل العاقد حتىٰ يؤمر بالوفاء ، كما سيأتي إن شاء الله توضيحه .

نعم خروج البيع الثابت له الخيار بأدلته ولو كان الخيار بجعل المتبايعين لا بُدّ أن يكون تخصيصاً لا تخصّصاً ، ولا يلزم منه حينئذٍ كثرة التخصيص ، فتدبّر جيداً ، ولا يختلط عليك .

قول العلامة ﷺ : والأصل الاستصحاب ... إلى آخره .

ظاهر هذه العبارة أنّها بيان لما سبق من الأصل ، إلاّ أنّه لا معنى لكون البيع وضعه الشارع للنقل هو معنى الاستصحاب ، فيحتمل أن تكون علىٰ نحو التتمة لما سبق ، فكأنه قال : والأصل بقاء النقل .

وبيانه أنّه لما علم من الشارع أنه جعل البيع للنقل ، فإذا وقع البيع فقد وقع النقل ، ولكنه يشك أنه لازم ، فيسري إلى جميع الأزمنة حتى بعد الفسخ ، أو جائز فينقطع بحصول الفسخ ، فيستصحب حينئذ النقل الذي وقع .

ويحتمل أن تكون وجهاً ثانياً للأصل ، فتكون الوجوه ـ علىٰ هـذا ـ التي ذكرها العلّامة ثلاثة ، ثانيها الاستصحاب .

ولكن يبعد هذا الاحتمال وإن كان هو أقرب في سوق العبارة : أنه على هذا لا يكون الوجه الأوّل تامّاً ، بحيث يصلح أن يكون دليلاً ، فإن مجرد أن يكـون الشارع وضعه لنقل الملك لا يقتضي أن يكون البيع لازماً ، فإن من يـقول : إن الأصل فيه الجواز ، يقول أيضاً بوضعه لنقل الملك .

إلّا أن يقال : إنه إشارة إلى دليل مركب من صغرىٰ وكبرىٰ ، ولكن أشار

إلىٰ صغراه اعتماداً علىٰ وضوح المقصود .

وحاصل ذلك يكون أن الغرض من البيع عند الشارع هو نقل الملك ؛ لأنه وضعه لذلك ، فجواز نقض البيع بالفسخ يكون نقضاً للغرض منه ، وهو لا يصحّ فتدبّر .

وأمّا الثالث ، فقد ذكرنا سابقاً في الحاشية المتقدمة أن الظاهر أن غرضه بيان التقريب الثاني الذي ذكرناه ، وهو غير بعيد من عبارته ، ولكنه بنفسه غير تام الدليلية ما لم ينضم إلىٰ ما ذكرناه سابقاً من امضاء الشارع لطريقة العرف علىٰ النحو الذي جروا عليها ، فكأنّه أيضاً كالدليل الأول انّما اكتفىٰ بذكر الصغرىٰ فقط ، والكبرىٰ علىٰ كلّ حال في كليهما عدم صحة نقض الغرض ، إمّا غرض الشارع كما في الأوّل ، وإمّا غرض المتبايعين ، كما في الثاني ، وعلىٰ كلّ حال فالأمر سهل .

قوله ﷺ : مع أنه لا يناسب ما في القواعد ... إلى آخره .

لأن هذا من الفرد النادر في مقابل الغالب ، فلا يكون خروجاً عن الغالب وهو في قباله .

قوله ﷺ : ومرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع ... إلى آخره .

قد يقال : ان إرجاعه إلى أصالة عدم الارتفاع بلا ملزم مع ان عدم الارتفاع ليس له حالة سابقة ، ولكن غرض المصنف استصحاب عدم تأثير العقد سالبة بانتفاء الموضوع ، وإن كان لاملزم لهذا الارجاع .

نعم الكلام في جريان استصحاب العدم الأزلي إلّا انّ المصنف ﷺ يرىٰ صحة هذا الاستصحاب وإن منعه جملة من الأكابر ، على ان المصنف ﷺ كثيراً ما يرجع الاصول الوجودية إلى الاصول العدمية ، كما يرجع أصالة الحقيقة إلى أصالة عدم القرينة ، وأصالة العموم إلى أصالة عدم التخصيص ، وهكذا ، وغير معلوم منه أنه يريد الارجاع الحقيقي ، بل لعلّه يقصد بذلك التفسير والتوضيح ،

وإن كان المشهور عنه هو الأوّل ، فتأمّل .

قوله ﴿ : الرابع المعنىٰ اللغوي ... إلى آخره .

ليس غرضه من المعنى اللغوي انه لغة كذلك ، بل الغرض أن المنشأ بالبيع هو هذا المعنىٰ ، كما يرشد إلى هذا تفسيره للمعنى اللغوي انّ وضعه وبناءه عرفاً وشرعاً ، ولا معنى لهذا التفسير لو أراد أنه كذلك لغة ، وهذا الوجه ظاهره ينطبق علىٰ ما ذكرناه من التقريب الثاني لأصل اللزوم كما تقدّم .

قوله ﴿ : لكنّه مع عدم تماميته ... إلىٰ آخره .

وجه عدم تماميته أن خيار تخلف الوصف انّما يثبت أيضاً لنقصان في أحد العوضين ، فلا يدخل في القسم الأوّل ، بل وكذا خيار تخلف الشرط .

أصالة اللزوم في غير البيع

قوله ﷺ : أمّا لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم ... إلىٰ آخره .

لا يخفى أن الشك الأوّل في العقد الآخر إن كان المراد الشك في لزومه العقدي ، كما في البيع ، فلا بُدّ أن يرجع إلىٰ حال ذلك العقد عند العرف المتعاملين به .

فإن علم ان بناءهم على اللزوم ، كما في جميع العقود التجارية ، فالأصل اللزوم كما في البيع .

وإن علم بناؤهم علىٰ الجواز وقد أمضاه الشارع ، فالأصل فيه على العكس من البيع ، فإنّ الأصل حينئذ يكون الجواز وان شك كذلك أيضاً عند العرف ، فلا مجال للحكم بأصالة اللزوم أو الجواز ؛ لأنه لم يعلم أن طبع العقد ما هو ، وقد عرفت معنىٰ أنّ الأصل في البيع اللزوم علىٰ هذا الوجه ، كما أنه لا معنىٰ للحكم بأصالة اللزوم أو الجواز العقديين[1] في عقد شك في جوازه ولزومه الحكمي .

نعم الكلام أيضاً يجري في العقود المشكوك لزومها الحكمي ، ويجري هذا التقريب في البيع لاثبات لزومها أو جوازها الحكمي ، فإنه قد عرفت أن العقود منها ما هو يقتضي اللزوم الحكمي عند العرف لا بالمعنىٰ الذي صورناه في البيع ،

---

١ ـ في الأصل : العقدين .

ومنها ما هو يقتضي الجواز الحكمي ، ومنها ما هو حقيقته اللاإقتضاء كالبيع .

فإذا علم أن العقد عند العرف علىٰ النحو الأوّل وأمضاه الشارع ، فالأصل فيه اللزوم الحكمي ، وإن علم أنه على النحو الثاني فالأصل فيه الجواز .

ومع الشك فيما عند العرف فلا أصل ، بل لا معنىٰ له ، كما لو شك في اللزوم العقدي أيضاً عند العرف ، كما تقدّم .

وإن علم أنه على النحو الثالث لا مجال للشك في لزومه الحكمي مع إحراز إمضاء الشارع له ، ولا أصل قطعاً بهذا المعنىٰ يقتضي اللزوم أو الجواز الحكميين .

نعم لو شك فيما هو عند الشارع ، نعم[1] إذا شك في هذا القسم إنه لازم لزوماً عقدياً ـ كما في البيع ـ فالأصل اللزوم أو الجواز ، وقد تقدّم .

وبهذا التقرير يتضح لك ما في اطلاق عبارة المصنف هنا من عدم اقتضاء ذلك الأصل لزومه ، أي لزوم عقد آخر غير البيع ، وما في تعليله لذلك بأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي .

قوله ﷺ : فيجري في البيع وغيره ... إلىٰ آخره .

سواء كان لزوم غير البيع المشكوك فيه لزوماً حكمياً أو عقدياً ، كما سيأتي إن شاء الله توضيح معنى التمسك بهذا العموم في العقد المشكوك لزومه الحكمي .

العمومات :

قوله ﷺ : فمنها قوله تعالىٰ ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ... إلىٰ آخره .

إعلم أنه وقع الكلام بين العلماء أن المنشأ بهذه الآية وأمثالها ، هل هو الحكم التكليفي والحكم الوضعي منتزع منها ، كما عليه المصنف ﷺ ، وعليه جرت طريقته

---

١ ـ كذا في الأصل .

في جميع الأحكام الوضعية أنها منتزعة من الأحكـام التكـليفية ؟ أو أن المـنشأ والمدلول لها هو الحكم الوضعي والتكليفي معاً ، أو خصوص الوضعي ، كما عليه جملة من أكابر علماء العصر ومن قارب عصرنا ؟

وينبغي الآن أن نوضح طريقة شيخنا المصنف أعلىٰ الله مـقامه قـبل كـل شيء ، فنقول : لبيان وجه التمسك بهذه الآية لأصالة اللـزوم لا بُـدّ مـن تـقديم أمرين :

الأوّل : العقد عبارة عن العهد أو ما يسمىٰ عقداً لغة وعرفاً ، كـما ذكـره المصنف ، ويمكن إرجاع أحدهما إلى الآخر ، إذ من المعلوم انه ليس للشارع في مثل ذلك اصطلاح جديد ، فما روي في تفسير علي بن إبراهيم من أنه العهد[1] ، من القريب إرادة المعنى اللغوي أو العرفي ، والمفهوم من العقد هو إيجاد العقدة في المنشأ بالمعاملة لئلا تنحل المعاملة ، ومن المعلوم أنّ حصول العقدة في البـيع لا تكـون بنفس المبادلة ، وكذلك غيره من المعاملات لا تكون بنفس إنشاء معنى المعاملة ، بل معنى المعاملة هو الموضوع للعقدة ، وهي التي تحتاج إلى الربط والعقد والإيثاق حتىٰ لا تنحل ، فكيف يكون إيجادها إيجاد للعقدة ؟! .

وهذا واضح ، فمعنى إيجاد العقدة وجعل المعاملة وثيقة هو أن يعطي كلّ من المتعاملين التزامه للآخر ويملّكه إياه ، بحيث لا يجعل لنفسه الاخـتيار في الفسـخ والردّ وإبطال المعاملة ، فتكون العقدة حاصلة من الطرفين ، وقـد يـعطي أحـد المتعاملين فقط التزامه للآخر ، فتكون العقدة حاصلة من طرف واحد .

وقد تقدّم منّا أن بناء المتعاملين في جميع المعاملات التجارية على الالتزام والتعهد في المعاملة ، والبناء على اعطاء كلٍّ من المتعاملين إلتزامه للآخر ، حفظاً

---

١ ـ الظاهر ان التفسير بالعهد ليس في تفسير القمي بل هو عن ابن عباس ، كما نقله الطبرسي في مجمع البيان ٢٣٣/٣ وسيأتي مزيد تفصيل من الشيخ ﷺ .

لنظامهم التجاري ، ورعاية لحاجاتهم وضرورياتهم ، كما سبق توضيحه .

فالبيع كغيره من المعاملات التجارية مبني علىٰ هذا المعنىٰ ، والمتعاملين أصل معاملتهم تكون علىٰ إعطاء الالتزام والتعهد بإبقاء كلّ من العوضين عند من انتقل إليه علىٰ نحو الدوام .

وبهذا يتضح أن عقدية العقد إنما تكون بهذا الإلتزام والتعهد ، الذي هو عبارة عن اللزوم المعاملي ، ولهذا يصحّ تسمية العقد عهداً ، لأنه لا يكون عقداً إلّا لتضمنه للتعهد والإلتزام ، ومقتضىٰ هذا التعهد والإلتزام أنه ليس لأحدهما التصرف فيما صار إلى الآخر بهذهِ المعاملة ، وكلما يكون نقضاً لهذه المعاملة ومضمون العقد فهو غير جائز بمقتضى التزامهما .

وأما المعاملة الخالية عن هذا التعهد والإلتزام لا تسمىٰ عقداً .

الثاني : إن هذه العمومات بمقتضىٰ إطلاقها لها العموم الزماني ، ومعنى عمومها الزماني أن الحكم مطلق مستمر لا يختص بزمان دون زمان ؛ لأن متعلق الحكم له العموم الزماني والحكم ثابت للعام الزماني ، وبعبارة يكون مصب العموم الزماني هو الحكم ، لا أنّ مصب الحكم هو العموم ، كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ توضيح ذلك في خيار الغبن .

إذا عرفت ما ذكرنا فنقول : إنّه لمّا كان العقد عند العرف هو عبارة عن إيجاده العقدة بين المتعاملين ، وإعطاء كلّ منهما التزامه للآخر ، فمعنى الوفاء به هو العمل بمقتضاه وعدم نقض تعهدهما بأن التزام كل منهما بيد الآخر والتزامهما بعدم التصرف في ما انتقل إلى الآخر ، فإذا أمر الشارع بالوفاء ، فليس معناه انّ هذا حكم تعبدي مولوي دائمي كوجوب الصلاة والصوم وأمثال ذلك من الواجبات التوصلية أو التعبدية التي لم يأمر بها الشارع إلّا لمصلحة نوعية يختل بدونها نظام النوع ، بل لا بُدّ أن يراد من وجوب الوفاء بالعقد هو لزوم الجري علىٰ مقتضى

العقد لمراعاة حقوقهما وتنفيذ ما التزما به لمصلحة نفسيهما[1] علىٰ طبق رضاهما، فلو تقايلا ورضيا بنقض هذا التعهد والعقد، واسترجاع الالتزام الذي أعطاه كل منهما للآخر، فلا محالة لا يجب حينئذ الوفاء، ولا يحرم ذلك عليهما، نظير وجوب الوفاء بالدين، فإن هذا الوجوب إنما هو مراعاة لحق الدائن، فلو أن الدائن أبرأ ذمة المدين أو أمهله، فموضوع وجوب الوفاء ينتفي قطعاً، ولا يجب الوفاء.

فمقتضىٰ هذهِ الآية العامّة لكل عقد ـ لمكان الجمع المحلّىٰ باللام ـ أن كل معاملة صدق عليها العقد يجب الوفاء بمقتضاها، ولا يجوز نقضها، ويحرم الفسخ علىٰ نحو يكون الوجوب وجوباً تكليفياً حقياً، أي لمراعاة حق الطرف الآخر، والحرمة تكون حرمة تكليفية حقية كذلك، وحيث قلنا في الأمر الثاني أن العموم عموم أزماني فيعم وجوب الوفاء جميع الأزمنة إلى الآخر علىٰ نحو الدوام، إلّا أن يأتي مخصص فيخرج عن هذا العموم، كأدلة الخيارات، ومع عدمه فالمرجع هو هذا العموم بلا شبهة، وينتزع من هذا الوجوب التكليفي الحقّ ـ أي الذي هو لمراعاة حق المتعاملين ـ الحكم الوضعي، وهو لزوم المعاملة الذي هو لازم مساوي لذلك الوجوب بالمعنى المتقدم.

والتمسك بهذا العموم لاثبات اللزوم لا يفرق فيه بين أن يكون في اللزوم والجواز من أول الأمر، أو بعد انعقاد المعاملة لازمة، لأنه يكون شكاً في التخصيص.

أمّا على الثاني فواضح، وأمّا على الأوّل، فلأن المعاملة، وإن كانت مشكوكة اللزوم من أوّل الأمر، إلّا أن المفروض أنّ المتعاملين تعاقدا وتعاهدا، وأعطىٰ كلّ منهما التزامه للآخر، فصدق على المعاملة اسم العقد، فهي داخلة في عموم وجوب الوفاء بالعقد، فإذا شككنا في لزومها عند الشارع، فقد شككنا في

---

١ ـ في الأصل: نفسهما.

تخصيص هذا العموم وفي الشك في التخصيص المرجع أصالة العموم ، كما هو واضح .

هذا كله إذا كان الشك في العقود التجارية التي لزومها لزوم عقدي لا حكمي ، أمّا لو كان الشك في لزوم العقود التي لزومها حكمي كالنكاح والوقف ، فالتمسك بهذا العموم لإثبات لزومها الحكمي محل نظر ، فإن غاية ما ينتزع من هذا الوجوب هواللزوم العقدي ، أمّا اللزوم الحكمي فلا معنىٰ لانتزاعه من هذا الوجوب ؛ لأن هذا الوجوب قد فرضناه رعاية لحق المتعاقدين ، ومع رضاهما بالفسخ وانحلال العقد ، لا مورد لوجوب الوفاء ، فهو وجوب حقّي كما قلناه آنفاً ، فكيف ينتزع منه اللزوم الحكمي الذي هو ثابت حتى مع رضا المتعاقدين بالفسخ ، ولهذا قلنا : إن الإقالة لا تدخل في العقود اللازمة باللزوم الحكمي ؛ لأنه لا أثر لرضاهما بالفسخ أو التقايل ، فلا يكون اللزوم الحكمي منتزعاً من الوجوب الحقي ، ولا نفس الوجوب الحقي .

نعم لا بأس بالتمسك بهذا العموم في العقود اللازمة باللزوم الحكمي إذا شك في لزومها لتأكيد لزومها الحكمي لا لتأسيسه ، فتدبّر .

ثمّ إنه أورد بعض المحشّين ﷺ على الكتاب بأن وجوب الوفاء فرع وجود العقد ، وبعد الفسخ نشك في بقائه ، فلا يتم إلّا بالاستصحاب .

ودعوىٰ أن المفروض وجود العموم الأزماني ، مدفوعة بأنه علىٰ فرض التسليم إنما ينفع مع تحقق الموضوع ، وهو مشكوك .

نعم لو كان الموضوع صدور العقد ولو لم يكن باقياً كان كما ذكر ، لكنه مقطوع العدم ، إذْ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعاً[1] .

أقول : بعد ما عرفت من التقريب الذي ذكرناه لكلام المصنف ﷺ تعرف

---

١ ـ السيد محمد كاظم اليزدي : حاشية المكاسب ، قسم الخيارات ، ص ٣ . ط . حجرية سنة ١٣٧٨ هـ .

عدم توجه هذا الإيراد ، فإنه بعد أن كان المفروض أن العقد متضمن لالتزام كلّ من المتعاقدين للآخر بدوام مضمون المعاملة ، وأنه ليس لكل منهما نقض هذا الإلتزام بالفسخ ، ولا بالتصرف فيما انتقل عنه بنحو من أنحاء التصرّف ، وإذا دخل هذا العقد تحت عموم وجوب الوفاء بالعقد ، فيكون بحكم الشارع حينئذ ليس لهما الفسخ ولا التصرف أبداً ، حتىٰ بعد الفسخ ، فإذا شك في أنّ لهما التصرف والفسخ فذلك شك في تخصيص العموم ، فيتمسك بالعموم ، وليس ذلك من قبيل التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية .

والحاصل انّه بعد أن وقع من المتعاقدين الإلتزام ، وقد حكم الشارع بمقتضىٰ هذا العموم بنفوذ هذا الإلتزام وعدم جواز نقضه بالفسخ ، فالعقد يكون محكوماً بلزومه دائماً ، فإذا شك في زواله بالفسخ يحكم بعدم تأثير الفسخ فيه بمقتضى العموم الذي دلّ علىٰ أنه دائم لا يزيله الفسخ .

وبعبارة أخرىٰ إنّه أليس قُلنا ان الحكم في الآية حكم تكليفي ينتزع منه حكم وضعي ، وذلك الحكم التكليفي ينحلّ إلى الحكم بعدم جواز الفسخ دائماً ، فلا بُدّ في مقام التخصيص أن يدلّ الدليل علىٰ حكم تكليفي ، وهو جواز الفسخ في خصوص هذا العقد الخاص أو في خصوص زمانٍ من أزمنة هذا العقد الخاص ، ومن هذا الحكم التكليفي ينتزع حكم وضعي ، وهو جواز العقد إمّا من أول الأمر أو بعد زمان ، فإذا شك في أنه يجوز الفسخ أو لا يجوز ، فلا بُدّ أن يكون للشك في ورود دليل يخصص العموم ، علىٰ أنه لو سلّمنا أن العقد بحسب ذاته وأصل وضعه لا يقتضي اللزوم ، لكن محالة أن اللزوم ثابت له من الشارع لو خُلي ونفسه ، فيحتاج إثبات جوازه[1] إلى التخصيص ، فلا يكون المقام من الشبهة المصداقية .

وسرّ المغالطة في المقام أن اللزوم والجواز من الصفات المنوّعة للعقد ، كما

---

١ ـ في الاصل : جواز .

قيل إنهما صفتان منوعتان للملكية أو أنهما من لواحق العقد .

فإن كان الأوّل ، فما ذكره المورد علىٰ الكتاب في محلّه ؛ لأنّه إذا شك في لزوم عقد وجوازه يشك في وجود الموضوع بعد الفسخ ، فلا يمكن التمسك بالعموم .

أما لو قلنا : إن الجواز واللزوم من لواحق العقد إنّما يثبتان بجعل الشارع بعد فرض العقد ، فلا مجال لهذا الكلام فإنه بعد فرض أن كل عقد بحسب العموم جعل له الشارع اللزوم والدوام لمقتضاه ، فإذا شك في عقد خاص أنه جائز ، يشك في تخصيص ذلك العموم الدالّ على لزوم كل عقد ، فتدبّر .

ثم هذا كله في تقريب ما أفاده المصنف مِن أنّ الآية مفادها الحكم التكليفي ، ومنه ينتزع الحكم الوضعي ؛ لأنّ هذا الحكم التكليفي يلازم الحكم الوضعي ، وهو اللزوم كما أوضحناه .

والتحقيق أن مفادها بالعكس هو الحكم الوضعي ، وينتزع منه الحكم التكليفي .

بيان ذلك يتوقف على ذكر مقدِّمة وهي أن الإلتزام والعهد والنذر وأمثال ذلك ، تارة يتعلق بفعل الملتزم والناذر والمتعهد ، وأخرىٰ يتعلق بالنتيجة .

فالأوّل مثل نذر الصيام والصلاة ، وغير ذلك من أفعال الإنسان الإختيارية ، والثاني مثل الملكية والإباحة ، مما كان نتيجة فعله .

ومن المعلوم أن البيع بأصل وضعه عند العرف وعامة الناس يتضمن الإلتزام والتعهد ، كما قلناه سابقاً ، ولكنّ هذا الإلتزام والتعهد إنّما هو متعلّق بالنقل والإنتقال الذي هو نتيجة عقد البيع ، لا بنفس فعلهما ، وهو إيجاد البيع ، فإن إيجاد البيع هو إيجاد المبادلة ، وهما يلتزمان كلٌّ للآخر بلزوم هذه المبادلة المنشأة وبقاء ملكية البائع للثمن ، والمشتري للمثمن .

وبعبارة أخرىٰ إنه بعد إيجاد العقدة يلتزمان ببقائها وعدم انحلالها ،

وبشدها شداً وثيقاً لا تقبل الإنحلال إلاّ برضاهما معاً .

ثم إن الوفاء بالتعهد والإلتزام عبارة عن إبقاء هذا الإلتزام والقيام به والثبات عليه ، غاية الأمر أن الثبات عليه تارة يكون نفسياً فقط حيث لا آثار هنا للملتزم به يظهر بها التزامه وثباته عليه .

وأخرىٰ يكون خارجياً يحصل بترتيب آثار الملتزم به ،ويكون ترتيب الآثار علّة لظهور الإلتزام والثبات عليه علىٰ وجه يكون الوفاء والثبات على الإلتزام عنواناً لترتيب الآثار .

فيقال : إن الآثار ثبات عملي على التزام ، أو وفاء عملي بالتزام ، كعنوان تصديق العادل في حجية خبر الواحد المأمور به ، فإن الأخذ بمؤدى الخبر علة لظهور تصديق العادل إذا كان بقصد التصديق ، فيكون تصديقاً عملياً ، لا أن نفس العمل بمؤدى الخبر يكون تصديقاً للعادل ولو لم يكن بقصد التصديق .

وهنا أيضاً كذلك ، فإن الأخذ بالآثار بنفسها ليس ثباتاً على الالتزام ولا وفاء به ، بل الثبات عليه والوفاء به إنّما يظهر بترتيب آثار ما التزم به ، فيكون الأخذ بالآثار ثباتاً عملياً عليه ووفاءاً عملياً به ، بمعنىٰ أنه يعنون بهذا العنوان ولازم الثبات على ما التزم به والوفاء به عدم جواز ما يتحقق به نقض التزامه من التصرف في المقام بما انتقل عنه وفسخ البيع وأمثال ذلك مما يكون سبباً لحصول نقض التزامه وتعهده .

إذا عرفت ما ذكرنا يتضح المقصود الذي نرمي إليه ، فإن بعد أن فرضنا أن العقد عبارة عن إيجاد[1] العقدة بالتزام كلّ من المتبايعين مثلاً للآخر ، ومتعلق الإلتزام ليس هو الفعل ، بل هو النتيجة ، والوفاء به عبارة عن الثبات علىٰ ذلك الإلتزام والقيام بذلك الالتزام إلىٰ ما بعد البيع ، فلا محالة لا يكون المتعلق للأمر

---

١ ـ في الاصل : ايجادة .

بالوفاء هو فعل من أفعال المتبايعين حتىٰ يكون الأمر متضمناً لحكم تكليفي ؛ لأن متعلق الإلتزام ، كما قلنا ، هو النتيجة التي هي عبارة عن الملكية والنقل والإنتقال ، لا البيع الذي هو فعل للبائع والمشتري ، ولا عدم التصرف بما انتقل عنه ، ولا عدم الفسخ ولا شيء من ذلك أصلاً .

وعليه يكون المتعلق للأمر ليس إلّا اللزوم ، الذي هو عبارة عن الثبات علىٰ الإلتزام ، الراجع إلى بقاء الإلتزام ، وهو معنىٰ لزوم البيع .

وأما صيغة إفعل ، وإن كانت ظاهرة في الحكم التكليفي ، لكن لا بُدّ أن تحمل علىٰ الأمر الإرشادي لبيان اللزوم ، كما نقول في الأوامر المتعلقة بالجزء والشرط للواجب أنّها إرشاد إلى الجزئية الشرطية ، كما أن النهي عن شيء في المأموري[1] إرشاد إلى المانعية .

والذي يشهد لما ذكرنا ـ من كون الوفاء في الآية هو الثبات علىٰ الإلتزام والقيام به ، لا نفس ترتيب آثار ما التزم به ـ أنّه فسرت العقود في الآية :

تارة بعقود أمير المؤمنين عليه‌السلام كما عن تفسير علي بن إبراهيم ، عن الجواد عليه‌السلام : « أن رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله عقد عليهم لعلي عليه‌السلام بالخلافة في عشرة مواطن ، ثمّ أنزل الله تعالىٰ ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** ﴾[2] التي عقدت عليكم لأمير المؤمنين »[3] .

وأُخرىٰ العهود التي أخذ الله سبحانه علىٰ عباده بالإيمان به ، وطاعته فيما أحل له أو حرم ، كما عن ابن عباس[4] ، وغير ذلك من التفاسير .

وهذه المعاني لا تنطبق عليها كل الانطباق إلّا إذا أُريد ما ذكرناه من معنى

---

١ ـ كذا في الأصل .

٢ ـ المائدة : ١ .

٣ ـ تفسير القمي ١ : ١٦٠ هـ . قم سنة ١٤٠٤ هـ .

٤ ـ انظر الشيخ الطبرسي : مجمع البيان ٣ / ٢٣٣ طهران سنة ١٤٠٦ هـ

الوفاء في الآية ، وهو الثبات على الإلتزام خصوصاً في المعنى الثاني ، فإن الوفاء بالايمان والطاعة لا يمكن يكون[1] واجباً بالوجوب المولوي ؛ لعدم وجوب الطاعة بالوجوب الشرعي ، فكذا الوفاء بها عملاً وترتيب آثارها .

ولا بأس علىٰ ما نقول من عموم الآية لجميع هذه الأمور ، ويكون المراد من الآية والله العالم : هو لزوم الثبات على العهود الذي[2] يعاهدنا الانسان علىٰ نفسه بالنظر إلىٰ غيره وبالنسبة إلىٰ نفسه ، فتعم حتى النذر والعهد ، وحتىٰ مثل حلف الفضول عند الجاهليين .

فاتضح أن مفاد هذه الآية هو إنشاء[3] الحكم الوضعي وهو لزوم العقد دائماً وبقاء الالتزام إلىٰ ما بعد البيع ، ومنه ينتزع الحكم التكليفي من حرمة التصرف بما انتقل عنه ، وحرمة الفسخ وأمثال ذلك ، إذ بعد أن كان الإلتزام ثابتاً إلى الآخر ، والعقد يكون لازماً بقاءاً ، كما هو لازم حدوثاً ، لا محالة يكون لازمه أن المبيع مثلاً لا يجوز لأحد التصرف فيه ـ البائع وغيره علىٰ حد سواء ـ وكذلك لا يجوز فسخه ؛ لأنه يكون به نقض الإلتزام وهكذا من التكاليف الحكمية من النواهي والأوامر المتعلقة بمالٍ بالنسبة إلىٰ غير مالكه .

واتضح أيضاً أنه لا معنى لأن يكون مفاد الآية هو الحكم الوضعي ، كما في الكتاب ، فيكون نهياً عن التصرف والفسخ ، أو أمراً بعدم التصرف والفسخ ، فإن عدم التصرف والفسخ ، والعمل علىٰ مقتضى الملكية والإلتزام ليس بنفسهِ وبما هو كذلك وفاءاً بالعقد ، والعمل بمقتضى العقد هو ليس إلّا الثبات علىٰ الإلتزام وعدم نقضه .

---

١ ـ كذا في الأصل .
٢ ـ كذا .
٣ ـ في الأصل : الإنشاء .

ثمّ إنّه يتضح لك من بياننا لهذا الوجه للآية الشريفة ان التمسك بها في مقام الشك في الجواز واللزوم لإثبات اللزوم لا يتوقف علىٰ جعل الآية عامّة بالعموم الزماني بإطلاقها ، فإن نفس معنىٰ الثبات علىٰ الإلتزام ، والوفاء به لا يتحقق إلّا بعدم نقض المعاملة بالفسخ ، وإلّا فمع الفسخ لم يتحقق ثبات أصلاً .

وبعبارة أخرىٰ إنه بعد أن تضمن العقد الإلتزام بـالمبادلة ودوامـها ، فـلا يتحقق الوفاء بها أصلاً مع الفسخ في زمان من الأزمنة ، فنفس الوفاء بالعقد هو معنىٰ يقتضي الدوام بلا حاجة إلى استفادة عموم الحكم الزماني من الإطـلاق ، فتدبّر .

وبهذا التقرير كلّه تعرف أن خروج العقود الجائزة جوازاً حكمياً ليس من باب التخصيص ، بل من باب التخصص .

وذلك هو مقتضى لفظ الوفاء ، فإن الوفاء إنّمـا يكـون في فـرض يكـون الإلتزام من العاقد فيفي به ، أمّا لو كان اللزوم من الشارع جعله علىٰ نحو الحكم المولوي كسائر الأحكام التكليفية المحضة لا معنىٰ لأن يأمر نفس العاقد بالوفاء ، وليس هو تحت يده رفعاً ولا بقاءً ، فلا يكاد تشمل لفظ العقود في الآية المتعلقة لوفاء العاقد للعقود اللازمـة بـاللزوم الحـكمي ، وإذا لم تكـن اللازمـة داخـلة موضوعاً، فالجائزة كذلك لا يكون خروجها تخصيصاً .

نعم العقود الجائزة بالجواز العقدي كالبيع الخـياري تخـرج عـن العـموم تخصيصاً لا تخصصاً ؛ لأن العقد بنفسه متضمن للالتزام المعاملي فهو في حدّ نفسه داخل لولا الدليل الذي يدلّ علىٰ ثبوت الجواز ، كدليل خيار المجلس والحيوان .

إلّا انّه يشكل في البيع الخياري الذي كان الخيار بجعل المتعاملين ، فإنه لا التزام من المتعاملين بحسب الفرض ، فلا معنىٰ لوجوب الوفاء بالعقد الذي معناه ، ـ كما قررناه ـ هو الثبات على الإلتزام ، إذ لا التزام ، فلا عقد فـلا وفـاء ، فـلا

وجوب ، وحينئذ يخرج مثل هذا البيع عن عموم الآية تخصصاً لا تخصيصاً ، كالعقود الجائزة بالجواز الحكمي .

ويجاب عن ذلك بتوضيح معنىٰ جعل الخيار من المتعاملين : إنّه لا شبهة أن المتعاملين بالبيع ينشآن المبادلة بالبيع ، ويلتزمان بهذه المبادلة .

غاية الأمر انّه تارة يعطي كلّ منهما التزامه للآخر ، فلا يثبت الخيار لهما من قبلهما ، وأخرىٰ لا يعطي كل منهما إلتزامه للآخر ، فيكون إلتزامه تحت سلطنته باقياً ، وبهذا تحدث له السلطنة علىٰ العقد ، فإن شاء أن يعطي إلتزامه للآخر ، فيكون البيع لازماً من قبله ، وإن شاء أن يحلّ العقد ويفسخ ، فينحل البيع ؛ لأن له ذلك .

وعلىٰ كلّ حال لا ينافي ذلك أنه إلتزام بالمبادلة وأوجد العقدة الذي بذلك يكون العقد عقداً ؛ لأنّه غاية ما كان أن الالتزام لم يملكه إلى الطرف الآخر ، ولم يجعل أمره بيد الآخر ، فله إبقاء إلتزامه ، وله حلّ العقد ، لا أنه لم يلتزم أصلاً بالمبادلة ، ولم يوجد العقدة ، وإنّما العقدة التي أوجدها تكون عقدة قابلة للانحلال لا عقدة موثقة غير قابلة للانحلال ، فلا يخرج البيع عن كونه عقداً قد التزم المتبايعان بإيجاد مضمونه .

ويمكن تصوير الوفاء به ، فيدخل تحت عموم الآية ، ولكن لمّا دلّ الدليل الخاص علىٰ إمضاء ما جعلاه من الخيار ، يكون ذلك الدليل مخصصاً للعموم ، وإلاّ فمجرد عدم إعطاء كلّ منهما الإلتزام للآخر لا يقتضي جواز الفسخ بدون الإمضاء من الشارع لما جعلاه .

فتحصل أن الحق في الآية أن مفادها هو الحكم الوضعي ، لا الحكم التكليفي ، كما عليه المصنف .

بقي الكلام في القول الثاني ، وهو عمومها للحكم الوضعي والتكليفي عرضاً ،

كما ينسب إلىٰ صاحب الجواهر.

وأنت إذا عرفت ما ذكرناه تعرف الوجه في عدم صحة إرادة الحكم التكليفي وإن كان مع إرادة الوضعي؛ لعدم صحة أن يراد من الوفاء نفس ترتيب الآثار، إلّا أن يجعل ذلك عنواناً ومرآةً عن ترتيب الآثار من باب حكاية العنوان عن المعنون، ولكن الجمع بين جعل نفس العنوان موضوعاً للحكم، والمعنون الحاكي عنه العنوان في إستعمال واحد غير صحيح، فإنه جمع بين لحاظ العنوان لحاظاً إستقلالياً ولحاظه لحاظاً مرآتياً آلياً، مضافاً إلىٰ أنّ الجمع بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي في استعمال واحد غير ممكن، فإن استعمال الصيغة في الحكم الوضعي للإرشاد، وفي التكليفي على نحو المولوية، ولا جامع بينهما، إذ لا جامع بين داعي البعث وداعي الإرشاد، ولا يعقل أن تكون صيغة الأمر مصداقاً للإرشاد وللبعث معاً.

قوله ﷺ: وجب العمل بما يقتضيه التمليك ... إلىٰ آخره.

لا يخفىٰ ان ما يقتضيه العقد ليس إلّا الثبات على الإلتزام، والقيام به في مقام الفعلية، كما تقدم، لا ترتيب آثار الملكية، فإن ترتيب الآثار بها يتحقق الثبات على الإلتزام، وبها يخرج الإلتزام إلى المرحلة الفعلية، ويكون إلتزاماً خارجياً عملياً.

نعم يكون الوفاء والثبات على الإلتزام عنواناً لترتيب الآثار، كما مثّلنا بتصديق العادل عملاً، فإن نفس العمل بما أخبر به لا يكون تصديقاً، بل به يتحقق التصديق، فيصدق هذا العنوان على العمل، وإلّا فلو كان ترتيب الآثار بنفسه يكون مصداقاً للوفاء لكان ترتيب الآثار من دون قصد الإلتزام والثبات عليه، مصداقاً للوفاء، مع أنّه بالضرورة ليس كذلك.

قوله ﷺ: وليسا من مقتضيات العقد في نفسه ... إلى آخره.

بل يمكن دعوىٰ أن البيع وسائر العقود التجارية أصل وضعها العرفي بحسب البناء هو اللزوم ، كما ذكرناه سابقاً مع قطع النظر عن حكم الشارع باللزوم ، وإن كان نفس مفهوم البيع وغيره من المفاهيم الّتي من شأنها اللاإقتضاء بالنسبة إلى اللزوم والجواز ، لكن عرف المتعاملين جرت سيرتهم وبناؤهم العملي على الإلتزام بمؤدىٰ هذه المعاملات حفظاً لشؤون معاشهم ، ورعاية لقضاء حوائجهم .

قوله ﷺ : الّتي لا يراد منها إلّا حلّيّة جميع التصرفات المترتبة عليه الّتي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين ... الى آخره .

هذا التعميم لما بعد الفسخ باعتبار إطلاق الآية لجريان مقدمات الحكمة هنا ، وإذ ثبتت حلّيّة التصرفات حتىٰ بعد الفسخ ، كان لازمه عدم تأثير الفسخ الذي هو معنىٰ لزوم البيع ، وإلّا لما كانت التصرفات حينئذٍ محللة لغير الفاسخ فينتزع من حلية التصرفات بعد الفسخ لزوم البيع .

وهكذا الاستدلال بآية حلّية أكل المال بالتجارة عن تراض ، حيث أنّ المراد من الأكل هو التصرف ، لا الأكل الحقيقي .

وحاصل ما أفاده المصنف ، أن الحلّية التي دلّت عليها الآيتان هي الحلّيّة الحكمية التكليفية ، وينتزع منه الحكم الوضعي وهو اللزوم .

ولكن الكلام الذي ذكرناه في آية ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾[1] جارٍ في آية حلّيّة البيع من أن المدلول المطابقي للآية هو الحكم الوضعي وينتزع منه الحكم الوضعي ، بل هنا أولىٰ .

بيان ذلك : إن الحليّة كما تطلق ويراد منها الحكم التكليفي في لسان الأدلة ، كذلك تطلق ويراد منها الحكم الوضعي كلفظ الجواز والحرمة ، فيقال مثلاً : وبر ما يؤكل لحمه حلال ، والمراد منه مثلاً صحة الصلاة به حتىٰ لو حرم أكله بالحرمة

---

١ ـ المائدة : ١ .

التكليفية لعارض مثل صيرورته جلّالاً أو موطوءاً ، كما يقال : وبر مالا يـؤكل لحمه حرام ، والمراد منه فساد الصلاة به ، حتى لو أحل أكله بـالحلّيّة التكـليفية لعارض كالمخمصة .

ومثل هذا كثير مثل « إقرار العـقلاء عـلىٰ أنـفسهم جـائز »[1] أي نـافذ صحيح ، وكقوله ﷺ « جواز شهادة الأربعة الذين أحدهم الزوج »[2] .

ولا معنى للجواز هنا إلّا الصحة ، كما قال الشهيد الثاني في الروضة[3] .

ومن جملة الضوابط للتميز بين الحليتين والحرمتين أن المتعلق للـحلية أو الحرمة إن كان فعلاً من الأفعال الإختيارية ، كان اللفظ ظاهراً في الحكم التكليفي ، إلّا أن تقوم قرينة ، كما في قوله ﷺ « جواز شهادة الأربعة » ، وإن لم يكن فعلاً من الأفعال الإختيارية كان اللفظ ظاهراً في الحكم الوضعي ، إلّا أن تقوم أيضاً قرينة علىٰ خلاف ذلك ، فيقدّر حينئذٍ الفعل ، كما في قوله تعالىٰ : ﴿ **حُـرّمت عـليكم أمهاتكم** ﴾[4] فإنه لا معنىٰ للحرمة الوضعية ، فلا بُدّ أن يقدر الفعل ، مثل الوطء ومقدماته ، والنظر إلى العورة ، وهكذا .

إذا عرفت [هذا] ، فهنا الحلّيّة في آية حلية البيع ، إنما هي مستندة إلى البيع ، وهو ليس من قسم الأفعال ؛ لأنّ المراد منه هو البيع بالمعنى الإسم المصدري ، لا بالمعنى المصدري ، ولذا جعله المصنف ﵀ كناية عن التـصرفات في العـوضين ، فيكون البيع قرينة علىٰ أن المراد من الحلية الحلية الوضعية ، ويوجب ظهور اللفظ في ذلك .

وجعل البيع كناية عن التصرفات بلا ملزم ، بل لا وجه له ، ولا يصار إليه

---

١ ـ الوسائل ٢٣ : ١٨٤ ، كتاب الاقرار ، باب ٣ ، حديث ٢ .
٢ ـ انظر الوسائل ٢٢ : ٤٣١ ، كتاب اللعان ، باب ١٢ ، حديث ١ . (منقول بالمعنىٰ) .
٣ ـ الروضة البهية ٦ : ٢١٧ (منشورات جامعة النجف الدينيّة) .
٤ ـ النساء : ٢٣ .

إلّا مع القرينة الدالة على أنّ المراد من الحلية الحلية التكليفية ، والمفروض ليس هناك من قرينة .

ودعوىٰ أن ذلك يستفاد من مقابلة هذه الآية لقوله تعالىٰ ﴿ وحرم الربا ﴾[1] ممنوعة ؛ لأن ذلك أيضاً جار فيه الكلام ، ولا بُدّ أن تحمل الحرمة على الحرمة الوضعية .

والحاصل أن حمل الحلية على الحكم التكليفي ثم التصرف لأجل ذلك في لفظ البيع ، وجعله كناية عن التصرفات اللازمة عادة لإنتقال المال إلى المشتري والبائع يحتاج إلى مؤنة زائدة لا يساعد عليها نفس لفظ الآية ، بل ظاهرة في خلافها .

وحمل هذه الآية على الحكم الوضعي أولىٰ من حمل آية وجوب الوفاء عليه ، كما أشرنا إليه ؛ لأن صيغة إفعل موضوعة للوجوب البعثي التكليفي ، أو ظاهرة فيه ، فحملها على الإرشاد حمل للفظ علىٰ خلاف ما وضع له بواسطة القرينة وهي الوفاء الذي لا معنى لأن يكون واجباً بالوجوب التكليفي ، لما سمعت من أن الوفاء غير ترتيب الآثار ، وإنما ترتيب الآثار به يظهر الوفاء لا نفسه ، وقد تقدّم تفصيله ، فكانت المادة قرينة على المراد من الهيئة ، كما جعلنا الوفاء أيضاً قرينة علىٰ تخصيص العقود بالعقود التي من شأنها الاقتضاء[2] ، فخرجت العقود اللازمة والجائزة لزوماً وجوازاً حكمياً عن موضوع الآية تخصصاً .

وأما هنا فإن لفظ الحلّية ليس موضوعاً لخصوص الحكم التكليفي ، فحمله علىٰ الحكم الوضعي ليس من باب حمل اللفظ علىٰ خلاف ما وضع له بواسطة القرينة ، فلا يمكن توهم جعل لفظ الحلّية قرينة على المراد من البيع ، إذ لا ظهور لها

---

١ ـ البقرة : ٢٧٥ .

٢ ـ في الأصل : اللاقتضاء .

في الحلية التكليفية ، بخلاف آية وجوب الوفاء ، فإنه لما كانت الصيغة موضوعة للوجوب التكليفي أو ظاهرة فيه ، كان مجال لتوهم قرينتها على المراد من المتعلق ، وهو الوفاء بجعله كناية عن ترتيب آثار العقد من باب دلالة اللازم على الملزوم ، حيث إن ترتيب الآثار علّة لحصول الوفاء ؛ لأنه بها يظهر الوفاء كما قلناه ، وعلى الأقل يمكن التشكيك بجعل الأمر دائراً بين صرف ظهور الهيئة في الوجوب التكليفي ، وصرف ظهور الهيئة في نفس عنوان الوفاء الذي هو المعنى الحقيقي .

وإن كان الحق خلافه ؛ لأن المادة تكون قرينة على الهيئة ، وظهورها حاكم علىٰ ظهورها .

ولكن الفرض أن في هذه الآية مجال للوهم ، بخلاف آية حلية البيع .

والحاصل أن آية حلية البيع لا تدلّ إلّا علىٰ إمضاء الشارع للبيع ونفوذه ، ولا دلالة[1] لها علىٰ أكثر من ذلك وينتزع منه حلية التصرفات .

وأمّا دلالتها على اللزوم فسيأتي إن شاء الله ما يمكن تقريبه ، وقد تقدمت الإشارة إليه أيضاً .

قوله ﷺ : لكن يمكن أن يقال انه إذا كان المفروض الشك ... إلىٰ آخره .

توضيح ما أفاده المصنف ﷺ أنّ البيع ليس عبارة إلّا عن المبادلة بين المالين الّتي ليست حقيقتها إلّا اللاإقتضاء بالنسبة إلى اللزوم ، والجواز كما أوضحناه سابقاً في بعض حواشينا المتقدمة ، ولا شبهة أن الحكم إنّما يثبت لموضوعه بعد فرض ثبوته ، ولا يعقل أن يكون حافظاً لموضوعه ، فلو شك في ثبوت الموضوع لا يعقل أن يتمسك بإطلاق الحكم لإثبات الموضوع بالضرورة ، مثلاً عموم (أكرم العلماء) لا يشمل ما كان مشكوك العالمية ، ولا يعقل أن يثبت كونه عالماً ، وهنا بعد الفسخ

---

١ ـ في الأصل : ولادلة .

نشك في بقاء البيع وثبوت المبادلة ، فكيف يعقل التمسك بإطلاق حلية التصرفات مع الشك في ثبوت الموضوع ، بل لا يعقل أن تكون الآية مطلقة وشاملة لما بعد الفسخ لقصورها عن ذلك ، فنحتاج في التمسك بها إلى إثبات الموضوع من غير جهتها ، وليس إلّا الاستصحاب ، والرجوع إلى الاستصحاب خروج عن محل الكلام من التمسك بالعمومات ، وهكذا الكلام في آية حلية أكل المال بالتجارة عن تراض .

ولكن يبقىٰ إشكال الفرق بين هذين الآيتين ، والآية الأُولىٰ ، وهي قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ، كما لم يفرق بينهما من هذه الجهة بعض المحشين ، فمنع من التمسك بعموم وجوب الوفاء لما ذكرناه هنا في هذين الآيتين ، كما سبق التنبيه عليه .

وأنت بعد الإحاطة بما ذكرنا هناك وهنا ، يتّضح لك الفرق ، فإن الموضوع هناك لوجوب الوفاء هو العقد ، والعقد ليس هو نفس المبادلة ، فإن المبادلة هي متعلق للعقد ، والعقد يكون من لواحق المبادلة الذي هو عبارة عن جعل العقد والالتزام ، بخلاف ما هنا ، فإن الموضوع نفس المبادلة فلا بُدّ من إحرازها ولو بالأصل .

أما في الآية المتقدمة ، فلا يلزم إحراز المبادلة حيث إن المطلوب فيها هو الوفاء بالعقد والثبات على الالتزام ، فيكون نفس مدلول الآية هو حرمة النقض بالفسخ وعدم جواز الفسخ حرمة تكليفية الذي معناه بقاء العقد والمبادلة ، كما يقول المصنف ﷺ ، أو وضعية ، كما قلناه فالآية بنفسها دالة على عدم نفوذ الفسخ ، وأين هذا من الآيتين اللتين لا يدلان إلّا على حلية التصرفات بعد الفسخ بمقتضى الإطلاق الذي لازمه عدم نفوذ الفسخ ، ولا يثبت إطلاق الحلية لما بعد الفسخ إلّا بعد فرض ثبوت الموضوع ، فدلالتها على عدم نفوذ الفسخ يتوقف على ثبوت

موضوعهما ، وهما التجارة والبيع ، ولا يمكن أن يثبتا بأنفسهما الموضوع ، فلا مجال لدعوىٰ دلالتهما علىٰ عدم نفوذ الفسخ .

بخلاف آية وجوب الوفاء ، فإن دلالتها علىٰ عدم نفوذ الفسخ ليس من طريق ثبوت الموضوع ، بل بنفسها دالة علىٰ بقاء المبادلة والعقد ، فلا يتوقف علىٰ بقائها .

فاتّضح السرّ في عدم تعرض المصنف للإشكال في آية وجوب الوفاء ، وتعرضه له في هذين الآيتين .

والعجب من بعض المحشين[1] السابق الذكر حيث أخذ هذا الإشكال من المصنف هنا ، وأورده عليه في آية ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ ولم يتفطن إلىٰ أن المصنف مع إلتفاته إلى الإشكال في هذين الآيتين ، فخصصه بهما ولم يذكره هناك ، لا بُدّ لعدم جريانه هناك ، وإلّا كيف يغفل المصنف ﷺ عن ذلك وهو المنبّه عليه ؟ والمصنف ﷺ من تعرف !

والتحقيق أنّه يمكن تتميم الاستدلال بآية حلية البيع ، ولكن لا علىٰ ما سلكه المصنف من كون المدلول لهما هو الحلية التكليفية ، بل لا علىٰ ما سلكناه من كونه هو الحلية الوضعية .

بيان ذلك أن البيع وإن كان هو نفس المبادلة ، والآية تدلّ على نفوذ المبادلة ، وحقيقة المبادلة هي اللاإقتضاء من جهة اللزوم والجواز ، إلّا أنّا قد ذكرنا سابقاً وكررنا غير مرة أن من يرجع إلى العرف وسيرة الناس في معاملاتهم هو البناء علىٰ الالتزام ، والتعهد بدوام المبادلة والنقل والانتقال ، لا من جهة جعل شارع أو مشرع آخر من عرف عام أو سلطان أو عقل أو غير ذلك ، بل بطبعهم وفطرتهم حفظاً لنظام معاشهم ، ورعاية لقضاء حوائجهم الّتي لا تتم إلّا بهذا

---

١ ـ وهو السيد اليزدي ، وقد سبق ذكر الاشكال .

الالتزام من الطرفين ، والتعهد بعدم انتقاض المعاملة ، وقد قلنا : إن هذا الكلام جار في جميع العقود التجارية ، ولا يختص بخصوص البيع ، وحينئذ فإذا أمضى الشارع البيع بقوله تعالىٰ ﴿ أحلّ الله البيع ﴾[1] علىٰ ما هو عليه عند الناس من البناء علىٰ لزوم وجريان سيرتهم علىٰ التعهد وتمليك التزام كلّ من الطرفين للآخر .

ففي الحقيقة لا يكون إمضاءاً لصرف المبادلة ، بل إمضاءاً للمبادلة المعقود عليها والملتزم بها ، فيكون إمضاءاً للإلتزام واللزوم العقدي ، فتدل الآية بنفسها علىٰ اللزوم العقدي على نحو الإمضاء ، كدلالة آية وجوب الوفاء بالعقد على اللزوم ، ولا حاجة إلى إحراز بقاء المبادلة لا من جهة الآية ؛ لأنّ نفس مدلولها يكون هو بقاء المبادلة ولزومها وعدم نفوذ الفسخ بلا فرق بين الآيتين .

وأما آية حلية أكل المال بالتجارة على تراضٍ ، فإنها وإن كانت ظاهرة في الحكم التكليفي لا الوضعي ؛ لأن متعلق الحليّة هو الأكل لا التجارة ، إلّا أنّ لازم حليّة التصرفات في مال التجارة عند الشارع هو نفوذ المعاملة وحصتها عنده بالضرورة ، فينتزع من الحليّة التكليفية الحلية الوضعية ، كما في آية حليّة البيع عند المصنف .

فإذا دلّت الآية علىٰ نفوذ المعاملة وإمضائها بالدلالة الإلتزامية ، والمفروض أن بناء المعاملات التجارية على اللزوم العقدي ، كما ذكرناه ، فتدلّ الآية على إمضاء اللزوم الذي عند العرف بعين ما قلناه في آية حلية البيع .

ومنه يظهر أن آية حلية البيع أيضاً يمكن استفادة هذا المعنىٰ منها على القول بأن مفادها الحليّة التكليفية ، كما سلكه المصنف ﷺ لانتزاع الحلية الوضعية بلا فرق بين الآيتين ، ولا حاجة إلى التمسك بإطلاق الآيتين لاستفادة عمومها الأزماني ،

---

١ ـ البقرة : ٢٧٥.

كما تصدىٰ إليه المصنف ﷺ لعين ما قلنا في آية وجوب الوفاء بالعقود ، كما سبق التنبيه عليه ، فراجع .

قوله ﷺ : ومنها قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم ﴾ ... إلىٰ آخره .

هذه الآية ، وهي قوله تعالىٰ : **﴿ يا أيّها الّذينَ آمَنُوا لاَتَأْكُلُوا أمْوالَكُمْ بَيْنَكُم بِالباطِلِ إلّا أنْ تَكون تِجارةً عن تراضٍ مِنْكُم ﴾**[1] .

قد استدل المصنف بها على اللزوم ، تارة بالمستثنىٰ ، كما تقدم ، وأُخرىٰ بالمستثنىٰ منه ، كما هنا ، ويمكن الاستدلال بمجموع الآية كما سيأتي .

ولا بُدّ من بيان الآية علىٰ نحو الإجمال حتىٰ يتضح المقصود من الكلام فنقول : الأكل لغة الإزدراد بعد المضغ .

ولكن استعمل استعمالاً شائعاً في التصرف والأخذ علىٰ نحو الكفاية ؛ لأن لازم الأكل هو إتلاف الشيء بإدخاله في البطن ، وعدم امكان استرجاعه ، فأطلق الملزوم وأريد اللازم ، ولعلّ التعبير يقصر عن بيان حقيقة هذا المعنىٰ ، لكن الرجوع إلى العرف كاف في استفادة معناه ، ولا يكاد يخفىٰ ما فيه من لطف .

والخطاب بضمير الجماعة المضاف إليه الأموال ، قد يتوهم فيه إبتداءً أنه كيف يحرم أكل أموالهم ؟ وكيف يكون أكل أموال الآكل باطلاً ؟ فلذلك حمل الضمير بعضهم على البعض أي : لا تأكلوا أموال بعضكم ، فحذف المضاف للعلم .

وقيل : إن الإضافة هنا لمطلق الاختصاص ، والمراد الأموال التي خلقها الله تعالىٰ لنفعكم ، إلّا أنّ المتدبّر قد لا تخفىٰ عليه النكتة في الآية الكريمة في إضافة الأموال إلىٰ جميع المخاطبين ، فإن الإضافة علىٰ حقيقتها إضافة تملكية بلا تقدير شيء .

---

١ ـ النساء : ٢٩ .

ولكن للمبالغة باعتبار تنزيل المؤمنين منزلة نفس واحدة ، فمال أحـدهم مال للجميع ، فيكون فيه رمز اجتماعي ولطف بيان للحث علىٰ الوحدة والأخوة والتكاتف بين المؤمنين ، حتىٰ لا يظلم بعضهم بعضاً ، ولا يغتال أحدهم الآخـر بأكل ماله بالباطل ، كما يرشد إلىٰ هذا المعنىٰ قوله ﷺ : « المسلم أخو المسلم لا يحلّ له ماله إلّا عن طيب نفس منه »[1].

فمهّد ﷺ لحرمة مال المسلم علىٰ غير المسلم بـالحكم بأنـه أخـوه ، فجعله ﷺ كالتعليل لعدم حلية أكل ماله من دون طيب نفسه .

وتقدير البعض وإن كان لازماً ، لكن لا باعتبار المعنى المطابقي ، بحيث يكون تقديراً في نفس اللفظ وحُذف اعتماداً على العلم به ، بل باعتبار المعنى الجدي الكنائي المقصود من الكلام جداً لا المعنى الاستعمالي ، فهو تقدير معنوي لا لفظي .

وقوله تعالىٰ : ﴿ بينكم ﴾ يشهد لهذا المعنى من الرمز للإتحاد ، فإنّ البينية إنّما تكون في الشيء المجتمع .

والباطل خلاف الحق ، ولكن يختلف باختلاف ما يراد منه ، فقد يراد منه الباطل عند العرف ، وقد يراد منه الباطل عند الشرع ، وقد يراد الباطل ما كان عند العقل ، وهو الظلم .

والظاهر في المقام بملاحظة المقابلة للتجارة أن الباطل ما كان لا عن تجارة عن تراض .

والمراد من التجارة ما يصدق تجارة عرفاً ، فالباطل ما كان باطلاً عرفاً ، ولذا قال المصنف ﴿ : بكُلّ وجه يسمىٰ باطلاً عرفاً ، ولا شبهة أنه يصدق عليه الظلم عقلاً حينئذ فهو باطل أيضاً عقلاً وباعتبار إمضاء الشارع لما في طريقة العرف يكون الباطل عرفاً باطلاً شرعاً ، لكن كونه باطلاً شرعاً يستفاد من هذه

---

١ ـ مستدرك الوسائل ١٧ : ٨٨ كتاب الغصب ، باب ١ ، حديث ٥ .

الآية ، فالمرجع في تشخيص الباطل هو العرف ، فكل ما هو باطل عرفاً باطل شرعاً بمقتضىٰ هذه الآية ، فإذا دلّ الدليل الخاص علىٰ جواز أكل ما هو باطل عرفاً يكون مخصصاً لعموم هذه الآية ، كما دلَّ الدليل علىٰ جواز أكر المارّة من ثمر الأشجار ، فيكون خروجه تخصيصاً لا علىٰ نحو الحكومة .

هذا كلّه في مفردات عقد المستثنىٰ منه ، وقد اتّضح ـ والله العالم ـ المعنى بهذا البيان .

وأمّا عقد المستثنىٰ ، فنقول : الاستثناء إمّا أنْ يكون من نفس النهي عن الأكل فيكون الاستثناء منفصلاً ، وإن كان من الأكل بالباطل ، فيكون الاستثناء منقطعاً .

والظاهر هو الثاني ؛ لأن الظاهر أنّ الاستثناء من مجموع الجملة الأولىٰ ، فتدلّ الآية علىٰ حصر حلية الأكل للمال بالتجارة عن تراضٍ .

وقد يجعل الاستثناء من جملة مقدرة بأن يقدّر : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل بأي سبب كان ، أو ما يؤدي هذا المعنىٰ ، فيكون استثناء التجارة التي هي من جملة الأسباب من عموم الإسباب ، ولكن لا يخفىٰ ما فيه من تكلّف وضعف .

والتجارة قُرِئت بالنصب ، فتكون خبر كان الناقصة ، والاسم إمّا يعود إلى الأكل ، أو يقدر لفظ التجارة ، فيكون التقدير : إلّا أن تكون التجارة تجارة عن تراض ، ويبعّد الأول تأنيث الفعل ، وهو : تكون .

وقُرِئت أيضاً بالرفع ، فتكون كان تامّة (وتجارة) فاعلها ، و (عن تراض) قيد للتجارة إما أنها متعلقة بالتجارة ، أو حال منها ، ولا وجه لجعله خبراً بعد خبر علىٰ تقدير قراءة النصب .

إذا عرفت ما ذكرناه ، فنقول : أما الاستدلال للمقام بعقد المستثنىٰ ، فقد عرفت الكلام فيه في الحاشية السابقة في أن الاستدلال لا يتم إلّا على ما ذكرناه ،

لا علىٰ ما ذكره المصنف ، فإنّه لا دلالة له على اللزوم .

وأمّا الاستدلال بعقد المستثنىٰ منه فحاصله ـ كما أفاده المصنف ﷺ ـ أنّه بعد أن دلّت الآية علىٰ حرمة أكل مال الغير بالباطل بما يسمىٰ باطلاً عرفاً ، فالمدار كما ذكرنا في تشخيص الباطل هو العرف ، فكلما كان باطلاً عرفاً فهو باطل شرعاً ، يحرم أكل المال به ، ولا يخرج عن هذا العموم إلّا مع الدليل المخصص ، وهنا لما كان أكل المثمن مثلاً بدون إذن من انتقل إليه باطل عرفاً ، فهو حرام بمقتضىٰ عموم الآية ، فينتزع منه عدم تأثير الفسخ .

ولكن لا يخفىٰ أنّه إنّما يعدّ باطلاً عرفاً بعد عدم تأثير الفسخ ، وإلّا فمع تأثير الفسخ لا يكون باطلاً عرفاً ؛ لأنّه[1] أكل لماله لا لمال غيره ، فمع الشك في تأثير الفسخ لا يحرز كونه باطلاً عرفاً .

نعم إلّا أن يكون الفسخ عند العرف غير مؤثر ، فيكون باطلاً عرفاً ، فتدبّر .

وعلىٰ كلّ حال فالأولى الاستدلال بمجموع عقدي المستثنىٰ والمستثنىٰ منه ، فتكون الآية دليلاً واحداً ، لا كما جعلها المصنف دليلين ، وذلك لأن الآية بمجموعها بمقتضى الاستثناء تدلّ علىٰ حصر حلّية أكل المال بالتجارة عن تراض ، فكل ما لم يكن تجارة عن تراض فهو محرم ، والأكل بالفسخ بمفهوم الحصر يكون محرماً من جهتين :

أحدهما كون الفسخ ليس بتجارة عرفاً ، كما هو واضح .

وثانيهما أنه لا عن تراضٍ ؛ لأن الفرض فرض عدم رضا الطرف الآخر بالفسخ ، فيحتاج الحكم بتأثير الفسخ إلىٰ دليل مخصص لعموم الآية .

قوله ﷺ : فإن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع ... إلىٰ آخره .

لا يخفىٰ أن الاستدلال بهذهِ الآية يتوقف علىٰ كون الخيار يتعلّق بنفس العين

---

١ ـ في الأصل : لأن .

لا بالعقد ، فإن مقتضىٰ عموم السلطنة علىٰ المال أن لا يكون لغير صاحب المال سلطنة عليه ، فيكون الشك في ثبوت حق الخيار شكاً في التخصيص ، فيتمسك بالعموم لنفيه .

وأمّا لو قلنا أنّ الخيار إنّما هو متعلّق بنفس العقد ـ كما هو الحق وقد تقدم ـ فلا يكون الشك في التخصيص ؛ وذلك لأن السلطنة علىٰ ماله الذي انتقل إليه بواسطة البيع من تبعات العقد وآثاره ، فدوام هذه السلطنة تابع لدوام العقد ، فلو شككنا في دوام العقد لأجل الخيار ، كما هو الفرض ، فلا يمكن التمسك بعموم السلطنة لإثبات دوام العقد للشك في دوامها ، إذ لا يمكن إثبات الموضوع بعموم الحكم ؛ لأنّ السلطنة تكون علىٰ هذا من قبيل الحكم بالنسبة إلى العقد .

والحاصل أن دليل عموم السلطنة لا يعقل أن يكون حافظاً لموضوعه كما تقدمت الاشارة إليه ، فلا يمكن أن يكون عموم وجوب إكرام العلماء مثبتاً لكون المشكوك العالمية عالماً .

وهكذا ينبغي الكلام في قوله تعالىٰ ﴿ **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** ﴾ وقوله ﷺ : « لا يحلّ مال امرئ إلّا عن طيب نفسه » .

فإنّه لو كان الخيار من متعلقات نفس العقد ، فالمال الذي انتقل إلى المشتري مثلاً بالبيع إنّما يدوم كونه مالاً له إذا كان العقد دائماً لازماً ، فلو فرض الشك في ثبوت حق الخيار ، فقد شك في دوام العقد بعد الفسخ ، فيشك في كون المبيع بعد الفسخ مالاً للمشتري ، فلا يصح التمسك بعموم النهي عن أكل مال الغير بالباطل وعموم عدم حلية مال المرء بدون طيب نفسه ، إذ هذا العموم لا يثبت أن هذا مال له ، فلا يمكن إثبات دوام العقد ، وبقاء المال مالاً لمالكه بعموم النهي عن أكل مال الغير .

نعم لو كان الخيار متعلقاً بنفس العين تَمَّ هذا الاستدلال ؛ لأن الشك يكون

في التخصيص ؛ لأن العموم يدل علىٰ أن مال المرء لا يجوز لأحد التصرف فيه وأخذه من يده وتملكه .

وأمّا الدليل الذي يدلّ علىٰ ثبوت الحق في المال يكون مخصصاً لهذا العموم كدليل حق الشفعة وحق المارّة ، وكدليل حق الخيار إذا كان الخيار متعلقاً بنفس العين ، فيكون حاصل المعنىٰ بعد التخصيص أنه لا يجوز أخذ مال الغير والتصرف فيه إلّا إذا كان للآخذ والمتصرف فيه حق ، فإذا شك في ثبوت حق كحق الخيار يكون شكاً في التخصيص ينفىٰ بالعموم ، بخلاف ما إذا كان الخيار متعلقاً بنفس العقد ، فإن دليل الخيار لا يكون مخصصاً للدليل العام الذي يدلّ علىٰ عدم جواز التصرف بمال الغير ، فإنه أجنبي عنه ، إذ لا تعرض له بنفس المال .

نعم يكون لازمه رفع موضوع هذا الدليل ؛ لأنه إذا دلّ علىٰ عدم دوام العقد بعد الفسخ ، فلازمه عدم كون المال مالاً للغير ، فيكون وارداً على هذا الدليل لا مخصصاً ، فتدبره فإنه حقيق به .

الأصول الجارية في المقام لاثبات اللزوم أو عدمه :

قوله ﷺ : وقد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب ... إلى آخره .

المراد من الاستصحاب هو استصحاب ملكية كل من المتبايعين للثمن والمثمن إلى ما بعد الفسخ ، وقد أرجعه المصنف ـ كما سبق ـ إلى استصحاب عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما ، وقد تقدم فيه الكلام من هذا الخصوص .

وتوضيح المقام أن يقال : إن حقيقة الخيار ليس هو ملك الفسخ كما ليس هو نفس تأثير الفسخ ، فإن هذا كله من آثار حق الخيار ، وإنما الخيار عبارة عن السلطنة على العقد وملكيّة العقد بالملكية الضعيفة ، وضعفها لضعف متعلقها ، وقد

تقدم ذلك كله .

فإذا شككنا في تأثير الفسخ وبقاء الملكية فهو مسبب عن الشك في ثبوت حق الخيار وعدمه ، ومن المعلوم أن الأصل في المسبب لا يجري إلّا بعد الفراغ عن عدم جريانه في السبب ، فالطفرة إلى إجراء الأصل في المسبب لا بد أن يكون لعدم جريان الأصل في السبب .

ويمكن تقريب الأصل في السبب تارة لإثبات الخيار ، وأخرىٰ لنفيه .

أما الأول ، فإنه يقال ، كما أشار إليه المصنف ﷺ : إن الخيار الذي هو عبارة عن السلطنة على العقد ، وكون العقد بزمام العاقد لا وجه لثبوته وصحة جعله إلّا لمكان ملكية العاقد للمال المنتقل عنه قبل إجراء عقد النقل عليه ، فهو من تبعات ملكية العين وآثارها ، الثابت بثبوت الملكية للعين قبل العقد .

وبعبارة أخرى إن السلطنة على العين سلطنة على آثار العين والتصرفات بها التي من جملتها نقل العين والعقد عليها ، وجعل ذلك العقد لازماً أو جائزاً ، فالمالك من أول الأمر له السلطنة على العقد ليجعله لازماً أو جائزاً باختياره ، فإذا يشك بعد العقد ذهاب هذه السلطنة على العقد للشك في وقوع العقد لازماً أو جائزاً نستصحب هذه السلطنة ، فيثبت له الخيار .

وفيه ما لا يخفى ، فإن السلطنة التي هي حاصلة قبل العقد ومن توابع ملكية العين الواقع عليها العقد ليست عين الحق الخياري ، وهو حادث بالعقد وتلك منقطعة قطعاً ، فلا استصحاب .

بيان ذلك أنه قبل العقد ليس لمالك العين إلّا التصرفات بها التابعة لملكيته لها ، ومن جملة تلك التصرفات وهو نقل العين بالعقد ، وله أن يجعل العقد لازماً أو جائزاً ؛ لأن السلطنة على التصرف بالعقد سلطنة على العقد ، وحقيقة هذه السلطنة هو القدرة على جعل الخيار وعدم جعله ، التي هي من توابع ملكية العين .

وأما حق الخيار فمتعلقه بحسب الفرض نفس العقد ؛ لأنه عبارة عن السلطنة على العقد المستتبعة لجواز حله وفسخه ، وجواز إبقائه وإمضائه ، فالخيار موضوعه العقد ، فلا يتحقق إلّا بعد ثبوت موضوعه ، فهو لا يحدث إلّا بعد العقد ، وهو غير السلطنة على جعل الخيار ، فإن السلطنة على الشيء غير الشيء قطعاً ، فالسلطنة التي هي ثابتة قبل العقد قد انتقض اليقين بها باليقين بعدمها ؛ لأنها من لوازم الملكية للعين ، كما قلنا ، وبالعقد قطعاً قد زالت ملكية العاقد لما انتقل عنه ، سواء كان العقد جائزاً أو لازماً فتزول آثارها التي منها هذه السلطنة على جعل العقد لازماً أو جائزاً .

وأما السلطنة التي هي عبارة عن الخيار فهي مشكوكة الحدوث بحدوث العقد ، فلا يقين بوجودها سابقاً قبل العقد ، وإلى هذا التقرير يرجع ما أفاده في المتن من الرد مع شيء من الاختلاف ؛ لبناء كلامه على كون الخيار هو السلطنة على إعادة العين في ملكه التي[1] هي عبارة عن ملك فسخ العقد ، لا السلطنة على العقد ، ولذا يكون التعليل لبيان أن هذه السلطنة غير ثابتة قبل العقد بما بيّنه ﷺ من أن السلطنة على إعادة العين في ملكه لا يعقل أن تكون من آثار نفس الملك ؛ لأنها لا تكون إلّا بعد فرض عدم الملك ، فكيف تثبت مع الملك ؟! وإلّا للزم فرض النقيضين مجتمعين وهو الملك وعدمه ! .

وأما الثاني وهو إجراء الأصل في السبب لنفي الخيار ، كما يظهر من المصنف بقوله : فإذا فقد الدليل ، فالأصل عدمها . أي فالأصل عدم السلطنة على إعادة العين في ملكه ، وهي الخيار .

وعليه مع فرض جريان الأصل في السبب لا معنى لجريانه في المسبب وإن توافق مؤدىٰ الأصلين : الأصل في السبب ، والأصل في المسبب ، فلا مجال لإجراء

---

١ ـ في الأصل : الذي .

أصالة بقاء الملكية أو أصالة عدم تأثير الفسخ ، كما هو محل الكلام .

وكيف كان ، فوجه هذا الأصل أنه بعد فرض أن الخيار إنما يحدث بحدوث العقد ، فلا حالة سابقة له قبل العقد ، بل متيقن العدم قبل العقد لعدم العقد فيستصحب[1] عدمه .

ودعوى عدم جريان مثل هذا الأصل ؛ لأنه من استصحاب السالبة بانتفاء الموضوع ، فلا يقين سابق بالعدم ، فاسدة ، فإن الحق ـ وفاقاً لما ذهب إليه المصنف ﷺ ـ جريان هذا الاستصحاب ، وتحقيقه موكول إلى محله .

ولكن يرد على هذا الأصل أولاً بإمكان معارضته باستصحاب عدم اللزوم ؛ لأنه أيضاً يحدث بحدوث العقد ، والمفروض أنا نتكلم نحن والأصول مع قطع النظر عن دلالة العمومات أو غيرها على اللزوم ، إلّا أن يقال : إن اللزوم أمر عدمي هو عدم الجواز .

وثانياً بأنه أصل مثبت ؛ لأن الأثر إنما يترتب على كون هذا العقد لازماً ، لا على عدم الخيار سالبة بانتفاء الموضوع ، وبعبارة أخرى إن الأثر لمفاد ليس الناقصة لو قيل : إن اللزوم عبارة عن عدم الجواز ، والمستصحب هو العدم بمفاد ليس التامة ؛ لأنه هو المتيقن ، وهذا نظير استصحاب عدم وجود الكر في هذا المكان ، فإنه لا يثبت عدم كرية الماء الحادث المشكوك كريته حين وجوده ، وأما لو قلنا : إن اللزوم أمر وجودي ضد للجواز ، فالأمر أوضح ، فإن نفي أحد الضدين لا يثبت الضد الآخر .

إذا عرفت ما ذكرنا من عدم جريان الأصل في السبب بكلا وجهيه ، فننقل الكلام في الأصل في المسبب ، وهو بحسب الفرض استصحاب ملكية كل من المتبايعين إلى ما بعد الفسخ ، فنقول : من الممكن منع هذا الأصل ، كما أفاده بعض

---

١ ـ في الأصل : فتسصحب .

أجلة مشايخنا العظام ـ دام ظله العالي ـ في مجلس البحث في باب المعاطاة عند تعرض المصنف ﷺ لمثل هذا البحث هناك ، وقد نقله أيضاً لنا بعض أجلة تلامذته السادات هنا .

وتقريب ما أفاده دام ظله أن اللزوم والجواز من صفات الملكية المنوعة لها ، فالملكية اللازمة نوع ، والجائزة نوع آخر وحقيقة كون الملكية لازمة أنها تدوم وتبق إلى ما بعد الفسخ ، وحقيقة كونها جائزة أنها لا تبقىٰ بعد الفسخ ، وحيث يشك في تأثير الفسخ ، فإنه يشك في أن الحادث بالعقد المنشأ به هو الملكية التي من قوام ذاتها البقاء إلى ما بعد الفسخ ، أو التي من قوام ذاتها عدم البقاء ، فيتردد الحادث بين ما هو مقطوع البقاء وبين ما هو مقطوع الإرتفاع ، ومتى كان المتيقن أحد فردين أحدهما مقطوع البقاء والآخر مقطوع الإرتفاع لا يجري استصحاب ذلك الفرد المتيقن المردد بين هذين الفردين ؛ لأن الاستصحاب إنما هو لإبقاء ما كان واستمرار وجود الحادث ، وأن الحادث باق ، لا لإثبات حدوث الباقي ، وأن الباقي هو الحادث كما حقق في الأصول ، وهذا ما نسميه باستصحاب الفرد المردد الباطل .

هذا إذا أريد ترتيب آثار الخصوصية الفردية كما هو المقصود في المقام ، إذ المقصود ترتيب آثار اللزوم .

وأما لو أريد ترتيب آثار كلي الملكية الجامعة بين الملكيتين من باب القسم الثاني من استصحاب الكلي ، فإنه مضافاً إلى أنه خلاف المقصود في المقام ـ من تنقيح أصالة اللزوم ولا يثبت خصوصية اللزوم إلّا بنحو الأصل المثبت ـ أن الاستصحاب في القسم الثاني إنما يجري حيث يكون هناك جامع بين الفردين حقيقي موجود بوجود أحدهما ، بحيث يكون البقاء وعدمه من لواحق وجوده متخصصاً بإحدىٰ الخصوصيتين .

مثلاً في مثال البق والفيل المعروف أن الجامع بينهما ، وهو الحيوانية ، جامع حقيقي موجود بوجود خصوصية البقيّة أو الفيلية ، والخصوصية الفيلية تستتبع البقاء ، والفيلية تستتبع عدم البقاء أو لا تستتبع البقاء .

وهكذا الكلام في مثال الحدث الأكبر والحدث الأصغر ، فالبقاء وعدمه يكون من المحمولات اللاحقة للطبيعي المتخصص بإحدى[1] الخصوصيتين ، فنستصحب نفس الكلي الجامع لنحكم عليه بالبقاء من حيث نفسه بما هو كلي غير ملاحظ فيه خصوصية من الخصوصيات ، ونرتب آثار نفس الكلي الجامع بين الفردين .

وأما هنا فإن صفتي البقاء والعدم ليستا من الصفات اللاحقة للجامع بعد تخصصه بإحدى الخصوصيتين ، كما كان في المثالين المتقدمين حتىٰ نستصحب نفس الكلي الجامع لنحكم عليه بالبقاء من حيث هو كذلك ، بل صفتا البقاء والعدم هما الخصوصيتان المنوعتان للكلي الجامع ؛ لما عرفت من أن حقيقة الملكية اللازمة أنها ملكية بحسب ذاتها باقية إلى ما بعد الفسخ ، والمتزلزلة بحسب ذاتها غير باقية كذلك ، فلا يكونان من المحمولات اللاحقة للكلي بعد تخصصه بإحدى خصوصيتين غيرهما ، بل بهما التخصص ، فكيف نستصحب الجامع بين ما هو باق بذاته وبين ما هو غير باق بذاته لنحكم عليه بالبقاء الذي هو فصل أحد نوعيه ، ونرتب عليه آثار البقاء التي هي في الحقيقة آثار إحدى الخصوصيتين المعلوم وجود أحدهما إجمالاً .

فإن هذا لا يصح ، إما لأنه في معنى الأصل المثبت ، بل هو أصل مثبت ، وإما لأن الجامع بين الباقي وغير الباقي لا يعقل أن يحكم عليه بالبقاء من حيث هو جامع بينهما مع قطع النظر عن خصوصية البقاء ، وإلّا لما كان جامع بين الباقي

---

١ ـ في الأصل : بأحد .

وغير الباقي ، بل كان هـو خصوص الباقي ، وهذا خلف .

على أن الجامع بين الباقي وغير الباقي لا يكون جامعاً حـقيقياً له وجـود بوجود إحدى الخصوصيتين ، بل هو جامع مفهومي صرف لا تحقق له في الخارج ، فلا قضية متيقنة سابقاً نستصحب بقاءها ، فلا محـالة يـرجـع الاسـتصحاب إلى استصحاب الفرد المردد الباطل ، وإن حاول تصحيحه بعض أجلة المحشين عـلى الكتاب في باب المعاطاة بدعوى استصحاب الفرد الواقعي المردد بين الفردين[1] .

ويكفي في رده أن الفرد المردد إن أريد به المردد بالحمل الأولي فلا مصداق له في الخارج ، فإنه ليس فرداً آخر في قبال الفردين ولا أحدهما ، وإن أريد الفرد المردد بالحمل الشائع ، فإنه لا يعقل أن يوجد المردد بما هو مردد في الخارج ، فإن الوجود رفيق الوحدة والتعين ، فلا يعقل أن يكون المتعين مردد والمتردد متعيناً ، فتأمل ، وللكلام فيه محل آخر ليس هذا موضع ذكره .

قلت : والمصنف ﷺ في باب المعاطاة كأنه تنبه لهذا الذي ذكره الأستاذ دام ظله ، فحاول دفعه بدعوى أن انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار إختلاف في حقيقته ، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عـليه في بـعض المـقامات بالزوال بفسخ المالك الأصلي ، فيكون اللزوم والجواز من لواحق نفس العقد لا المنشأ بالعقد ، وإلّا فالملك لا تختلف حقيقته في المقامين ، ولعل هذا هو الصحيح .

ولكن مع ذلك يمكننا الجواب عما أفاده الأُستاذ دام ظـله ، وإن قـلنا إن اللزوم والجواز من لواحق المنشأ ومقوماته لا من لواحق العقد .

بيان ذلك أنه على هذا التقدير ليس معنى اللزوم هو البقاء بعد الفسخ ولا الجواز هو عدم البقاء بعده ، بل حقيقة اللزوم أن الملك بصفة غير قابل معها لتأثير الفسخ فيه ، والجواز أن الملك بصفة يكون قابلاً للتأثر بالفسخ ، بلا أن يكون البقاء

---

١ ـ السيد محمد كاظم اليزدي : حاشية المكاسب ١ : ٧٣ . (مصدر مذكور) .

أو عدمه مأخوذاً في حقيقته ، وإنما هو لازم كونه كذلك قابلاً وغير قـابل ، وإلّا فعدم بقاء الشيء الذي هو عبارة عن عدم وجوده في الزمان الثاني لا يعقل أن يؤخذ في حقيقة نفس الشيء ، كما أن البقاء أيضاً الذي هو عبارة عن وجوده في الزمان الثاني لا يعقل أن يؤخذ في حقيقته ، فلا بد أن يكون البقاء كـعدمه مـن الأمور الانتزاعية للملك نظير الماهية التشكيكية ، فإن المرتبة الضعيفة منها كالنور الضعيف من ماهية النور ليست مركبة من وجود الماهية وعدمها ، فالنور الضعيف ليس مركباً من نور وظلمة ، بل نور محض في مرتبة خاصة من النور ، ولبيان هذه المرتبة منه وتحديدها يعبر بجهة الفقدان للمرتبة القوية ، بل الملك المتزلزل مرتبة ضعيفة من الملك ، والمستقر مرتبة قوية منه لا نوعان ، والفصل لهما البقاء وعدمه .

فاتضح أنه على كل حال لا مانع من استصحاب القدر المشترك لترتـيب آثاره ، لا لترتيب آثار خصوص اللزوم وكون المقصود هو ترتيب آثار خصوص اللزوم غير مسلم ، بل ليس المقصود إلّا الحكم ببقاء الملك وعدم تأثير الفسخ فيه .

هذا كله على تقدير أن يكون اللزوم والجواز من لواحق الملك ، أما لو كان من لواحق العقد فالعقد هو الذي يكون جائزاً ولازماً ، فنقول : إمـا أن يكـون المستصحب نفس الملكية ، ويكون من الاستصحاب الشخصي ، وإما أن يكـون نفس العقد ، ويكون كذلك أيضاً ، إذ لا شبهة أن الجواز واللزوم لو كـانا[1] مـن صفات العقد ولواحقه لا يحتمل أن يكون من مقوماته وفصوله ، كما احتمل فيما إذا كان من لواحق الملك ، بل حتى لو كانا من مقوماته يصح الاستصحاب ، غاية الأمر يكون من القسم الثاني ، ولا مانع منه كما سبق .

وليس معنى الحكم ببقاء العقد الحكم ببقاء نفس الإنشاء المـتصرّم ، فـإنه ضروري البطلان ، بل الغرض بقاء العقد حكماً واعتباراً ، أو بقاء العقد بـالمعنى

---

١ ـ في الأصل : كان .

الاسم المصدري ، أي العقدة الموجودة بالإنشاء والإيجاد ، وهي تدوم وتبقىٰ مع تصرم الإنشاء كما هو واضح .

ولكن يبقى الكلام في أن الحق في وصفي اللزوم والجواز ، هل هما من صفات العقد كما اختاره المصنف وقد تقدم في المعاطاة ، أو من صفات الملك كما اختاره الأستاذ دام ظله .

الحق هو الأول ، والبرهان عليه ما ذكره المصنف في باب المعاطاة ، وتوضيحه أن الجواز واللزوم لو كانا من لواحق الملك ، فإما أن يكونا بجعل المتعاملين أو بجعل الشارع ، وعلى كل حال لا يصح ذلك ، فإنه من الضروري على الأول أن مجرد قصد المتعاملين بدون الإنشاء بالعقد لا يكون الملك لازماً ولا جائزاً ، إذ لا تأثير لنفس القصد ، فلا بد أن يكون العقد هو الدخيل في اللزوم وعدمه .

ولا جائز أن يقال : إن قصد المتعاملين إنما يكون دخيلاً في ذلك بواسطة التسبيب بالإنشاء ، وعليه يكون اللزوم والجواز بقصدهما وإنشائهما بالعقد ، ولا حاجة إلى القول بأن مجرد القصد هو السبب حتى يفرض بأنه لو قصدا بدون التسبيب لا يقعا أصلاً .

فإنه يقال : إنه لو كان كذلك فلا يكون بجعلهما ، بل بجعل الشارع لذلك ؛ لأن تأثير الأسباب ليس بيد المتعاملين وبجعلهم ، وان الذي هو تمام ما بيدهما نفس إيجاد السبب ، فإن الشارع يجعل السبب ويعتبر على طبقه المسبب بحسب ما جعله ، والمتعامل يتسبب لاعتبار الشارع بالسبب الذي جعله الشارع سبباً ، فلا يكون اللزوم والجواز من جعل المتعاملين وإن كان بتسببهما .

على أن هذا ينتقض بجملة أمور :

منها خيار المجلس وخيار الحيوان ، فإنهما يثبتان حتى مع قصد المتعاملين

للزوم ، وقد ينتقض أيضاً بما إذا قصدا الجواز بشرط الخيار لأحدهما أولهما على وجه غير جائز شرعاً ، كما إذا كانت مدة الخيار مجهولة فإنه لا يقع ما قصداه قطعاً ، فليس للقصد المجرد ولا له مع التسبيب بالعقد مدخلية في وقوع اللزوم أو الجواز من دون اعتبار الشارع وجعله .

وأما على تقدير أن صفتي اللزوم والجواز بجعل الشارع فلازمه تخلف العقود عن القصود ، كما إذا قصد المتبايعان اللزوم مثلاً ، والشارع جعل الملكية المنشأة[1] جائزة أو بالعكس ، ومن المسلم أن العقود لا تتخلف عن القصود .

وكل هذا لا يرد ولو قلنا إن اللزوم والجواز من صفات الأسباب والعقود ، فإنه لا بد أن يكونا باعتبار الشارع الذي جعل السبب سبباً ، ولا يلزم تخلف العقود عن القصود ؛ لأن المراد من التبعية أن العقود لا بد أن تتبع ما قصد المتعاقدان من الأمور الاعتبارية التي يمكن إنشاؤها باللفظ ، بحيث يكون العقد تابعاً لما أنشأه المتعاقدان بالقعد المقصود لهما ، لا أنه يتبع كل قصد للعاقد ولو لم يكن منشأً بالعقد ، فإنه من الضروري أنه ليس كذلك ، ولذا قلنا في المعاطاة كما تقدم في بابها أن الفعل لما لم يكن قابلاً لإنشاء اللزوم به لا يقع اللزوم وإن قصداه المتعاطيان ، ولا ينافي ذلك قاعدة تبعية العقود للقصود .

ومن المعلوم انه على ما قلناه لا يكون اللزوم والجواز داخلين في المنشأ متضمناً لهما العقد ، كما كان ذلك على القول بكونهما من صفات الملكية ، فلا يجب على هذا القول أن يتبع العقد قصد العاقد للّزوم أو الجواز ، إذ ليس هما مما يتسبب إلى إيجادهما بالإنشاء .

والحاصل أنه[2] كلما كان العقد متضمناً له ، بحيث يكون من مداليله ، فلا بد

١ ـ في الأصل : المنشأ .
٢ ـ في الأصل : ان .

أن يتبع العقد فيه القصد ، إذ المفروض أن هذا الشيء يكون إيجاده بالإنشاء العقدي والإنشاء يتقوم بالقصد ، وكلما كان خارجاً عن مدلول العقد وإنشائه ليس بالعقد، بل بجعل آخر إما بجعل الشارع أو بجعل غيره بالتسبيب بغير العقد ، فلا وجه لتبعية العقد حينئذ فيه القصد ، حتى يقال ما قصد لا بد أن يقع ، أو ما وقع لا بد أن يكون عن قصد .

ومن الواضح أن اللزوم والجواز إن كانا من صفات الملكية فهما ينشآن بالعقد بإنشاء الملكية به ، فلا بد من التبعية وإن كانا من الصفات للعقد فهما أجنبيان عن المنشأ فلا وجه للتبعية ، وحيث دل الدليل على عدم التبعية في اللزوم والجواز فيكشف إنّاً عن أنهما من صفات العقد لا الملكية ، فالحق إذن أن اللزوم والجواز من صفات نفس العقد فالعقد هو الذي يكون لازماً وجائزاً ، وهو المستصحب في المقام وإن استلزم أيضاً إتصاف الملكية بالتبع باللزوم والجواز

فتحصل إلى هنا أن مقتضىٰ الاستصحاب في العقود المشكوك لزومها هو اللزوم ، سواء كانت الشبهة حكمية أو موضوعية ، وسواء كان الشك في اللزوم الحكمي أو العقدي بلا فرق ، وبهذا يفترق الاستصحاب عن العمومات في مقام التمسك لأصالة اللزوم ؛ لعدم جريان العمومات في العقود اللازمة والجائزة باللزوم والجواز الحكميين ، كما سبق تفصيله .

نعم في البيع خصوصية يفترق بها عن سائر العقود ستأتي .

قوله ﷺ : وإن أريد بها العلاقة التي كانت ... إلى آخره .

قد عرفت في الحاشية المتقدمة أن مقتضى القاعدة هو اللزوم في جميع العقود لجريان استصحاب العقد أو استصحاب الملكية ، وعرفت أيضاً سقوط الأصل السببي وأشرنا أخيراً إلى أن للبيع خصوصية يختلف بها عن سائر العقود ، وتلك الخصوصيّة هي ثبوت خيار المجلس فيه دون غيره ، فيوجد العقد من أول حدوثه

جائزاً ، فإذا شك في لزومه فإنما يشك بعد انقضاء المجلس ، وافتراق المتبايعين ، فيستصحب جواز العقد المتيقن من حين حدوث العقد إلىٰ زمان الانقضاء ، وهو حاكم على استصحاب العقد ؛ لأن الشك في انحلال العقد بالفسخ مسبب عن الشك في كون العقد لازماً من غير جهة خيار المجلس ، ومع الحكم ببقاء الخيار يرتفع الشك في انحلال العقد بالفسخ .

ولكن المصنف ﷺ ناقش في هذا الأصل من وجهين :

الأول : إن خيار المجلس لا يثبت في جميع أفراد البيع ، فلا يجري هذا الاستصحاب في غير ما ثبت فيه خيار المجلس ، بل لا يجري مطلقاً حتى ما ثبت فيه هذا الخيار ؛ لأن المورد من موارد الرجوع إلى حكم العالم ، لا إلى استصحاب حكم المخصص .

الثاني : عدم جريان هذا الاستصحاب مع قطع النظر عما تقدم ، وذلك لأن هذا الاستصحاب إما أن يكون من القسم الأول من القسم الثالث من استصحاب الكلي ، أو من القسم الثاني من الثالث ، وكلاهما غير جارٍ كما حقق في الأصول .

بيان ذلك أن شخص خيار المجلس نعلم بانقطاعه يقيناً بمجرد الافتراق ؛ لقوله ﷺ : « فإذا افترقا وجب البيع »[1] ، وحينئذ فالشك في حدوث خيار آخر إما في زمان خيار المجلس أو حين ارتفاعه بالافتراق ، فإن كان الأول كان من القسم الأول من الثالث الذي هو عبارة عما إذا علمنا بحدوث فرد من الكلي ، وعلمنا بانقطاعه ، وشككنا في حدوث فرد آخر مقارناً لحدوث الأول ، مع العلم بأنه لو كان حادثاً لكان باقياً ، وإن كان الثاني كان من القسم الثاني من الثالث الذي هو عبارة عما إذا شككنا بحدوث فرد مقارناً لارتفاع الفرد المتيقن الوجود

---

١ ـ الوسائل ١٨ : ٦ كتاب التجارة ، باب ١ من الخيار ، حديث ٤ .

فالارتفاع[1].

قلت : ولكن يمكن المناقشة في كلا الوجهين :

أما في الأول ، فبدعوى أنه يكفينا ثبوت خيار المجلس في بعض أفراد البيع ، وبعدم القول بالفصل[2] يتم المطلوب في غير ما ثبت فيه خيار المجلس .

وهذه الدعوى وإن كانت فاسدة كما نبهنا عليها غير مرة وسيأتي أيضاً إذ لا معنىٰ للتمسك بالإجماع المركب في مورد الأصول ؛ لأنها لا تثبت الواقع ، وإنما هي صرف مرجع عند العمل ، وشأن الأصول جمع المتفرقات وتفريق المجتمعات .

وبعبارة أُخرىٰ إن الموافقة الالتزامية القطعية غير واجبة في فرض جريان الأصول ، كما حقق في الأصول ، ولكن المصنف ﷺ صدرت منه هـذه الدعـوىٰ كثيراً ، فهذا الايراد من باب الالتزام علىٰ ما بنى عليه .

وأمّا ما أفاده ﷺ من أن المورد ليس مورد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص ، فيمكن أن يقال : إنا نتكلم هنا مع فرض قطع النظر عن العمومات وأن دليل خيار المجلس لا يكون مخصصاً لعام دال على اللزوم ، فكيف يقال : إن هذا ليس مورد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص ، وسيأتي إن شاء الله الكلام في ذلك في خيار الغبن ، فانتظر .

وأما في الثاني ، فلأن الخيار على كل حال واحـد وحـقيقة واحـدة وإن تعددت أسبابه ؛ لأن الأسباب معرفات ، كما سيأتي مـن المـصنف ﷺ في خـيار الحيوان ، فلو فرض أن العقد جائز من غير جهة خيار المجلس فليس ذلك جواز آخر غير جوازه من جهة خيار المجلس ، فالجواز على كل حال فرد واحد ، قد وجدنا يقيناً ، وشك في ارتفاع شخصه سواء كان الشك لحدوث سبب آخر للجواز

---

١ ـ كذا .

٢ ـ في الأصل : الفصل .

حين وجود السبب لخيار المجلس ، أو كان لحدوث السبب الآخر عند ارتفاع سبب خيار المجلس .

وبعبارة أخرى إنه حين الافتراق لا يعلم إلا بارتفاع السبب المتيقن للخيار ، لا أنه يعلم بانقطاع الخيار الشخصي الذي علم بوجوده سابقاً ، فلا يكون الاستصحاب إلّا استصحاباً شخصياً ، أو من القسم الأول من استصحاب الكلي .

اللهم إلّا أن يقال : إن قوله ﷺ : « فإذا افترقا وجب البيع » يدل على انقطاع شخص الخيار لا السبب ؛ لمكان قوله ﷺ : « وجب البيع » ، وسيأتي إن شاء الله ما يتعلق بالمقام في خيار الحيوان ، ولعل المصنف ﷺ أشار إلى بعض ما ذكرناه بقوله : (فتأمل) .

قوله ﷺ : نعم هو حسن في خصوص المسابقة ... إلى آخره .

لا يبعد القول في جريان استصحاب العقد في مثل المسابقة وإن لم يجر استصحاب الأثر حيث لا أثر لها متيقن الوجود قبل حصول ما علق عليه وهو السبق مثلاً ، على أن القول بجريان الاستصحاب التعليقي في مثل المقام مما لا بأس به ، فإنه ليس من الاستصحاب التعليقي الفاسد فإن هذا نظير استصحاب الأحكام الكلية التي على نحو القضايا الحقيقية التي تكون فعليتها بفعلية موضوعها ، فإنها قبل تحقق الموضوع أحكام تعليقية ، ومع ذلك لا كلام في جواز استصحابها لكفاية ثبوتها بما لها من هذا الثبوت .

الشبهة الموضوعية في العقود الجائزة واللازمة .

قوله ﷺ : ويجري أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق ... إلى آخره .

لا يخفىٰ أن الشك في الشبهة المصداقية تارة يكون ترديداً بين نوعين ، كالترديد بين البيع والقرض ، والهبة والبيع ، والوديعة والبيع ، والوديعة والرهن ، وأمثال ذلك .

وأخرىٰ يكون ترديداً بين فردين أو صنفين لنوع واحد ، كالترديد في الهبة لذي الرحم بين المقبوضة وغيرها ، أو في الهبة بين كونها هبة ذي رحم أو غيره ، وفي البيع بين كونه خيارياً بجعل المتبايعين الخيار وعدمه ، وهكذا .

والصحيح أنه لا مجال للرجوع إلى العمومات في ذلك أصلاً ، بناءاً على ما هو الصحيح من عدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية ، سواء كان الترديد بين صنفين وفردين أو بين نوعين ، ويزيد الترديد بين النوعين أنه إذا كان النوع الجائز جائزاً بالجواز الحكمي ، فقد تقدم أنه خارج عن العموم تخصصاً لا تخصيصاً، خصوصاً في آية وجوب الوفاء بالعقد التي هي العمدة في المقام ، ومع خروج أحد النوعين المتردد بينهما تخصصاً ، فعدم جواز التمسك بالعموم أوضح مما إذا كان الخروج تخصيصاً ؛ لأن الشك يكون في موضوع حكم العام ، ولا يعقل إثبات الموضوع بالحكم ، ولَئِن أمكن التوهم في صورة الخروج تخصيصاً فلا مجال له هنا كما هو أوضح من أن يخفىٰ .

وإذا اتضح عدم جواز الرجوع إلى العمومات ، فلا بد من الرجوع إلى الأصول ، والأصول تختلف باختلاف المقامات والفروع ، فقد يقتضي الأصل اللزوم ، وقد يقتضي الجواز وتفصيل كل فرع موكول إلى محله لا يسعه المجال .

ولكن الذي ينبغي التنبه له في المقام أن الأصول الجارية تارة يكون إعمالها من جهة بقاء العقد وجواز الرجوع والفسخ وعدمه ، وأخرى من جهة ضمان البدل المسمىٰ وغيرها ، وما يثبت اللزوم أو الجواز فإنما يثبت نتيجة اللزوم أو الجواز ، فلا يجوز الرجوع أو يجوز ، لا أنه يثبت خصوصية العقد اللازم أو الجائز حتى

يترتب عليه الضمان أو عدمه ، بل هذا إنما يثبت بأصول أخر ، والذي وقع الكلام فيه هنا أن الأصل في الأموال ، هل هو الضمان أو البراءة ؟ وسيأتي إن شاء الله تعالى تتمة الكلام .

قوله ﷺ : إلى الأصل بمعنى استصحاب الأثر ... إلى آخره .

إعلم أن الدوران بين النوعين أحدهما لازم والآخر جائز ، تارة يكون بين نوعين ناقلين للعين كالهبة والبيع ، وأخرى يكون بين نوعين ناقلين للمنفعة فقط كالعارية والإجارة ، وثالثة بين نوع ناقل للعين وآخر ناقل للمنفعة كالعارية والبيع أو الهبة والإجارة ، ورابعة بين نوع ناقل للعين أو المنفعة ، ونوع لا نقل فيه أصلاً ، كالبيع والوديعة ، أو الرهن والهبة ، أو الإجارة والوديعة أو العارية والرهن، وخامسة بين نوعين لا نقل فيهما أصلاً كالوديعة والرهن ، فإن كان الأول أو الثاني ، فلا شبهة باستصحاب الأثر غاية الأمر إن الأثر على الأول هو الملكية للعين ، وعلى الثاني الملكية للمنفعة ، ولا يتفاوت الحال في ذلك .

وأما على الثالث فيمكن استصحاب ملكية المنفعة ؛ لأن ملكية العين تستتبع ملكية المنفعة ، فملكية المنفعة على كل حال تكون متيقنة فتستصحب ، إلّا أن استصحاب ملكية العين جار ، المقتضية للسلطنة على العين وآثارها إذا كان العقد الجائز هو الناقل للعين ، والآخر اللازم ناقل للمنفعة ، كالهبة والإجارة ، وبهذا يفترق الحال في مقام التنازع ، فلو كان صاحب المال يدّعي الإجارة للعين ، والآخر يدّعي الهبة له ، فإن كان استصحاب ملكية المنفعة جارياً كان القول قول مدعي الهبة ؛ لموافقة قوله الأصل ، وإن جرى استصحاب ملكية العين كان القول قول مدّعي الإجارة ؛ لموافقة قوله الأصل ، ولا يبعد تحكيم استصحاب ملكية العين .

هذا مع قطع النظر عن جهة ضمان الأجرة التي يدّعيها صاحب العين ، وإلّا

فلو كان مصب الدعوى هو الأجرة فينفيها مدّعي الهبة ويثبتها مدّعي الإجارة ، فالمسألة مبنية على ما سيأتي من أنّ القاعدة هو الضمان في الأموال ، فالقول قول مدّعي الإجارة ، أو البراءة فالقول قول مدّعي الهبة .

وإنما كان الكلام هنا من جهة نفس العين ، ولو بفرض مدّعي الإجارة يعترف بقبض الأجرة ، وإن كان تصوير التنازع هنا مشكل ؛ لأن مدّعي الهبة لا تكون دعواه لازمة فلا تقبل ، وللواهب بمقتضى دعواه الرجوع .

نعم يصور النزاع هكذا : بأن يدّعي صاحب العين الهبة ليرجع بها ، والآخر يدّعي الإجارة لينتفع بالعين ولو مع اعترافه بعدم تسليم الأجرة ، فالقول قول مدّعي الإجارة لو كان استصحاب ملكية المنفعة جارياً ، والقول قول مدعي الهبة لو كان استصحاب ملكية العين هو الجاري ، وإن كان مدّعي الهبة يعترف بانقطاع ملكيته للعين بالهبة ؛ لأنه يدّعي نقله للعين ، فلا يكون الأصل علىٰ طبق قوله ، بل علىٰ خلاف قوله .

لكن المدار في المدّعي والمنكر أن تلحظ الدعوى في نفسها من حيث كونها مشكوكة ، ويلاحظ فيها جريان الأصول ، فإن كان الأصل في النتيجة يخالف قول أحدهما كان هو المدّعي والآخر المنكر ، وإن كان لا ينطبق قوله على مفاد الأصل.

وبعبارة أخرى : إن المدعي هو الذي يكون على خلاف قوله أصل يحتاج رفع اليد عنه إلى أمارة وهي البينة ، وهنا إذا جرى استصحاب الملكية لصاحب العين يقتضي أن يكون له السلطنة على العين وآثارها ، فلا تكون لمدّعي الإجارة السلطنة على العين بالانتفاع بها ، فيحتاج إثباته للسلطنة إلى بينة .

اللهم إلّا أن يقال : إن ملكية المنفعة على كلّ حال متيقنة ، فلا مجال لإثبات ملكية المنفعة باستصحاب ملكية العين فيتوافق استصحاب ملكية العين واستصحاب ملكية المنفعة ، فيكون القول قول مدّعي الإجارة ، ويكون الأصل

اللزوم ، فتأمل في المقام ، وإنما ذكرنا هذا من باب المثال .

هذا إذا كان العقد الجائز هو الناقل للعين ، أما لو كان هو الناقل للمنفعة ، واللازم ناقل للعين كالتنازع بين العارية والبيع[1] ، فتارة يدّعي صاحب العين الأصلي العارية لأنْ يسترجع العين ، والآخر يدّعي البيع حتى لا تسترجع العين ، سواء يعترف بعدم تسليم الثمن أوْ لا .

وأخرى بالعكس بأن يدّعي صاحب العين الأصلي البيع ليطالبه بالثمن ويدّعي الآخر العارية حتّى يرجع العين .

وثالثة مع فرض تلف العين بتفريط غير مالكها الأول فيدّعي المالك الأول العارية ليضمن له المفرط ، ويدّعي الثاني البيع مع إقباض الثمن حتّى لا يضمن .

ورابعة مع فرض تلف العين أيضاً لكن مع عدم تفريط الآخر فيدّعي المالك الأول البيع ليضمن الآخر له المسمىٰ ، والآخر العارية حتى لا يضمن .

أما الصورة الأولى فتستصحب ملكية المنفعة فيقتضي اللزوم ، ويكون القول قول مدّعي البيع إن لم نقل بجريان استصحاب ملكية المالك الأول للعين ، فالأصل يقتضي الجواز ، ويكون القول قول مدّعي العارية ، ولا مانع من جريانه ، وحكومته علىٰ الأول واضحة هنا ؛ لأن الشك في بقاء ملكية المنفعة مسبب عن الشك في نقل العين ، بخلافه في صورة الدوران بين الهبة والإجارة ، فإن الشك في بقاء ملكية المنفعة ليس مسبباً عن الشك في نقل العين ؛ لأن صورة العلم ببقاء ملكية المنفعة هو صورة العلم بعدم نقل العين ، ولذلك قلنا هناك قد يتوافق الأصلان ، فلا محالة هنا يكون استصحاب ملكية العين محكماً .

وأما جهة ضمان المسمىٰ في هذه الصورة لو لم يعترف مدّعي الشراء بعدم تسليم الثمن ، فيمكن أن يقال هنا لا ضمان على مدّعي الشراء لو قلنا بأن القول

---

[1] ـ بناءاً على أن العارية مملكة للمنفعة لا مبيحة إباحة مالكية . (منه رحمه الله) .

قوله لجريان استصحاب ملكية المنفعة ، وعدم جريان استصحاب ملكية العين ؛ لأن صاحب العين الأول يدّعي العارية فيعترف أن ليس له على الآخر شيئاً ، بل حتّى لو اعترف مدّعي الشراء بعدم التسليم ليس لصاحب العين أخذ المسمّىٰ .

وهكذا الكلام في الصورة الثالثة من جهة جريان الاستصحاب السببي وهو استصحاب ملكية العين لصاحبها الأول ، فيكون القول قوله ، فيضمن مدّعي الشراء المثل أو القيمة ، لا المسمّىٰ .

وأما الصورة الثانية فحيث أنّ الجاري هو استصحاب ملكية العين لمالكها الأصلي الحاكم على استصحاب ملكية المنفعة ، فالقول قول مدّعي العارية ، وهو مَنْ بيده العين لا المالك الأصلي .

وهكذا القول في الصورة الرابعة ، لكن استصحاب ملكية العين لا يثبت كون العقد بوصف العارية حتى يرفع الضمان ، ويرجع حينئذ ضمانه وعدمه إلى المسألة الآتية من أنّ الأصل هو الضمان أو البراءة في الأموال .

وأما على الرابع والخامس ـ وهما ما إذا كان أحد النوعين أو كل منهما غير ناقل للمنفعة ولا للعين ـ فلا مجال لاستصحاب الملكية للعين ولا للمنفعة ؛ لعدم اليقين سابقاً ، بل العدم متيقن في الخامس ، ولا مجال لاستصحاب ملكية المالك الأصلي للعين أيضاً في الخامس ؛ لأن بقاءها متيقن على كل حال ، كما إذا دار الأمر بين الرهن والوديعة ، لكن لا بأس بجريانها على الرابع فيما إذا دار الأمر بين عقد ناقل للعين لازم ، وعقد غير ناقل جائز كالبيع والوديعة ، وفيما إذا دار بين عقد ناقل للعين جائز وغير ناقل لازم كالهبة والرهن ، وأما إذا دار الأمر بين عقد ناقل للمنفعة وغير ناقل أصلاً ، فلا مجال لاستصحاب ملكية المالك الأصلي للعين كالخامس لليقين ببقائها .

ولكن الدوران بين البيع والوديعة في التنازع يتصور على صور أربعة ،

كالدوران بين البيع والعارية والجاري هو استصحاب ملكية المالك الأصلي للعين ، فيكون الأصل الجواز ، والقول قول مدّعي الوديعة ، سواء كان هو المالك الأصلي أو الآخر ، ولكن لايثبت كون العقد بعنوان الوديعة ، فلا يرفع الضمان في الصورة الرابعة ، كالصورة الرابعة في الدوران بين البيع والعارية .

وأمّا الدوران بين الهبة والرهن ، فتارة يدعي المالك الهبة ليرجع ، والآخر يدّعي الرهن ليكون وثيقة .

وأخرى يدعي المالك الرهن مع فرض تلف العين بالتفريط ليضمن له الآخر ، والآخر يدعي الهبة حتى لا يضمن .

وفي الصورة الأولى لا يثبت استصحاب ملكية المالك للعين كونها رهناً حتى يثبت اللزوم ، ويكون القول قول مدعي الرهن ، ولكن (لا بأس)[1] بهذا الاستصحاب في الصورة الثانية لأجل إثبات الضمان ، مع قطع النظر عما سيأتي من كون القاعدة هي الضمان بناءاً عليها .

ثم إنه فيما إذا لم يجر استصحاب ملكية المالك للعين كما في الخامس وبعض صور الرابع ، فلا بأس بالقول باستصحاب نفس العقد الواقع المردد بين الجائز واللازم ، كما سبق تحقيقه ، وإن كان لا يثبت صفة اللزوم ليرتفع الضمان في بعض المقامات ، إلّا أنه يثبت نتيجة اللزوم وهو بقاء العقد ، بل يمكن جريانه في كل مقام ، فيكون القول قول مدّعي اللزوم على كل حال ، فتدبر جيداً .

قوله ﷺ : حكم بالبراءة ... إلى آخره .

إلّا أن يقال : إن القاعدة هي الاحتياط في أموال الناس وأعواضها ، فلو شك في إنتقال مال الغير إليه بعوض أو بدون عوض ، فالاحتياط يقتضي الاشتغال بالعوض ، بل ربما يقال : إن الأصل هو الضمان في الأموال ، كما هو

---

١ ـ في الأصل : بأس .

المشهور من احترام مال الناس ، خرج منه مال الحربي بالتخصيص ، كما احترام الدماء والفروج .

وربما يستأنس له من موارد حكم الشارع بتنصيف المال بين المتداعيين ، وتنصيف الدرهم عند الودعي بين الشخصين الذين أودع كل منهما عنده درهماً ، وقد يستأنس له أيضاً من قوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ إلّا بطيب نفسه »[1] .

وحينئذ فإذا دار الأمر بين العقد اللازم والجائز ، فالأصل إما يقتضي اللزوم أو يقتضي الجواز ، وعلى كل منهما ، إما أن تكون العين تالفة أو موجودة ، فإن كان الأصل يقتضي الجواز وكانت العين موجودة ، فلا شبهة في جواز الرجوع بالعين ؛ لأن هذا هو مقتضى الجواز ، وإن كانت تالفة ، فلا بد من ضمانها بالمثل أو القيمة ، لقاعدة « على اليد »[2] ، كما سيأتي مفادها ، إلّا إذا فرضنا أن يد الغير عليها يد أمانة على كل حال ، كما لو تردد العقد بين العارية والإجارة أو الرهن والوديعة ، بخلاف ما إذا لم يحرز كذلك مثل ما لو تردد العقد بين العارية والبيع ، فإن أصالة الجواز لا يثبت كون العقد الواقع عارية بهذا الوصف حتى يرتفع الضمان ، ولا أصل يقتضي ثبوت المسمىٰ أيضاً ، فتدخل تحت قاعدة « على اليد » ، أو أن الأصل ضمان الأموال لاحترامها حتى يثبت ما هو الرافع لذلك ، فلو كان صاحب العين الأول يدّعي البيع مع فرض تلف العين ليضمن له الآخر العين بالمسمىٰ ، والآخر يدّعي العارية حتى لا يضمن ، فإن القول قول مدّعي البيع ، وإن كان القولِ قول مدّعي العارية من جهة الجواز واللزوم الذي لا مورد له هنا لغرض تلف العين ، فلا يتصور الرجوع بها ، وإن كان الأصل يقتضي اللزوم .

---

١ ـ المستدرك ١٤ : ٨٨ كتاب الغصب ، باب ١ حديث ٥ .

٢ ـ المستفادة من قوله عليه‌السلام : « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤدي » المستدرك ١٤ : ٧ كتاب الوديعة ، باب ١ ، حديث ١٢ .

فإن كانت العين موجودة فلا رجوع ، ولكن لا يثبت بأصالة اللزوم الضمان بالمسمىٰ لو كان العقد اللازم يقتضي الضمان بالمسمىٰ كالبيع ؛ لأنه لا يثبت صفة اللزوم .

نعم تكون مضمونة بالمثل أو القيمة مع التلف ، وإن كانت العين تالفة فلا ينبغي التأمل حينئذ بالضمان بالمثل أو القيمة ، فتدبر .

قوله ﷺ : وإذا شك في الضمان مع فساد العقد ... إلى آخره .

كان الكلام كله فيما إذا كان العقد اللازم صحيحاً ، أما لو كان فاسداً ، فمع وجود العين فلا شبهة بجواز الرجوع بها ، وهذا لا كلام فيه ، وأما مع تلف العين ، فهل قاعدة أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده جارية في المقام فيحكم بالضمان ؟

فصّل المصنف بين ما إذا كان المستند لهذه القاعدة هو عموم « على اليد » ، وما إذا كان المستند هو إقدام المتعاملين ودخولهما في ضمان العين ، فالضمان على الأول وعدمه علىٰ الثاني ؛ لجريان قاعدة البراءة ؛ وذلك لأنه لو كان المستند هو عموم « على اليد » فهو جار في المقام ، ولا يخرج عن العموم إلّا مع ثبوت كون الإقباض من المالك كان مجاناً ، ومع الشك يرجع إلىٰ العموم بخلاف ما لو كان المستند هو الإقدام ، فإن إقدامهما على الضمان ، كما يقتضي الضمان ، كذلك إقدامهما على المجانية يقتضي عدم الضمان ، وحيث يشك أنهما أقدما على الضمان أو على عدمه ، فأصالة عدم إقدامهما على الضمان معارض بأصالة عدم إقدامهما على عدم الضمان فيتساقطان ، والمرجع البراءة .

ولكن لا يخفى عليك أن المصنف ﷺ في مسألة الضمان بالعقود الفاسدة استقر كلامه أخيراً على أن المستند لهذه القاعدة واحد ، وهو عموم « على اليد » .

وإنما الاقدام على الضمان محقق لموضوع العموم لا دليل برأسه ، وحينئذ

فنقول : علىٰ هذا لا يكون مقامنا من باب الشك في التخصيص ، بل يكون من باب الترديد بين الداخل في العموم والخارج ؛ لأن المفروض الشك في الإقدام على الضمان ، والإقدام على عدمه .

اللهم إلّا أن يقال أن الخارج عن العموم ليس إلّا العقد المتضمن للإقدام على عدم الضمان ، والداخل في العموم الأعم مما تحقق فيه الإقدام على الضمان وعدمه ، والأصل عدم الإقدام على عدم الضمان ولا أثر لأصالة عدم الإقدام على الضمان حينئذ وهذا الأصل يكون محققاً لموضوع العام ، ومخرجاً للمورد عن موضوع الخاص ، فيتمسك بالعموم بمعونة هذا الأصل .

والتحقيق أن خروج العقود المجانية عن عموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »[1] لا على نحو التخصيص ، بل على نحو التخصص ؛ لأن قوله ﷺ « أخذت » يشعر باشتغال اليد بالأخذ ، بحيث تكون هي الآخذة إما ظلماً وإما بتعهد الضمان ، كما في عقود المعاوضات .

وأما في العقود المجانية فإنما هي أعطيت لا أخذت ، وإنما يكون أخذها أخذاً تابعاً للإعطاء ، لا أخذاً إستقلالياً ، كما هو المتبادر من قوله « أخذت » فتكون العقود المجانية خارجة موضوعاً لا بالتخصيص .

ومعه لو تردد العقد بين العقد الجائز المجاني واللازم المعاوضي لا مجال للتمسك بهذا العموم لإثبات الضمان ، إذ لا يثبت العموم موضوعه كما لا يخفى .

وحينئذ فالمرجع بعد عدم التمسك بهذا العموم إما البراءة أو الاحتياط ، كما قلنا سابقاً : إن الأصل هو الاحتياط في الأموال في غير الشبهة البدوية ، أو نقول : إن الأصل هو الضمان لمكان احترام مال الغير ، لا من جهة عموم « على اليد » ، فلا مجال حينئذ للبراءة ولا للاحتياط ، فتأمل .

---

١ ـ المستدرك ١٤ : ٧ كتاب الوديعة ، باب ١ ، حديث ١٢ .

قوله ﷺ : أو قلنا : بأن خروج الهبة ... إلى آخره .

إما لأنه يكون خروجها تخصصاً ، كما أشرنا إليه ، إما لأن الشك يكون من باب الفرد المردد بين عنواني العام والمخصص ، كما أشرنا إليه أيضاً .

خيار المجلس

قوله ﷺ : مطلق مكان المتتابعين ... إلى آخره .

وإن لم يكن جلوس ، بل وإن لم يكن مكان المتبايعين حين البيع ، فإنه لا يشترط المكان الذي وقع فيه البيع ، وإنما المدار على عدم افتراقهما وإن انتقلا مصطحبين إلى مكان آخر غير المكان الذي وقع فيه .

قوله ﷺ : لا ختصاصه به وارتفاعه ... إلى آخره .

فيكون من باب إضافة المسبب إلى سببه ومعنى اختصاصه بالمجلس ، لا أنه بمعنى عدم وقوع غيره في المجلس ، بل بمعنى أنه لا يقع إلّا في المجلس ، فيكون مختصاً بالمجلس ، فيكون الحصر للخيار في المجلس ، لا للمجلس في هذا الخيار .

قوله ﷺ : مطروح مؤول ... إلى آخره .

أما طرحه فلمخالفته على ظاهره للمستقيض أو المتواتر ، كما ادعي ، وأما تأويله فيمكن حمله على إرادة الافتراق الكثير ، فيكون المعنى : ان وجوب البيع بعد صفقة الرجل لا يتوقف على الافتراق الكثير ، فسواء افترقا كثيراً أو لم يفترقا كثيراً وجب البيع ، ولا شبهة فيه ، غاية الأمر يكون مطلقاً بالنظر إلى إطلاق الوجوب مع عدم الافتراق الكثير الذي يتحقق بالافتراق القليل وبعدم الافتراق أصلاً ، فيقيد بباقي الروايات .

ويمكن حمله أيضاً على معنىٰ إسقاط الخيار ، فيكون التصرف في لفظ « صفق الرجل » بإرادة الالتزام وإسقاط الخيار ؛ لدلالة الصفق على الالتزام ، ولا شبهة أنه إذا صفقا كذلك وجب البيع وإن لم يفترقا .

ويمكن حمله أيضاً على إرادة حصول الملكية من لفظ « وجب » ، فيكون المعنى : إذا صفق الرجل حصل الملك وترتب الأثر ، ولم يتوقف على التفرق ، في قبال من يقول : إن النقل والانتقال لا يحصلان إلّا بعد التفرق ، كما ينسب إلى الشيخ ﵁ .

ثبوت خيار المجلس للوكيل

قوله ﷺ : مضافاً إلى أن مفاد أدلة الخيار ... إلى آخره .

أي أن المستفاد من أدلّة الخيار أن الخيار مأخوذ في موضوعه السلطنة على المال الذي انتقل إليه ؛ إما لأن الخيار حق يتعلق بالعين ، فلا يعقل بدون السلطنة على العين ؛ وإما لأنه يتعلق بالعقد ، والسلطنة على العقد تابع للسلطنة على العين ، إلّا إذا جعل المالك للغير السلطنة على العقد ، وإن لم يجعل له السلطنة على العين .

وعلى كل حال تكون من فروع السلطنة على العين ، إذ لولا تسلط المالك على العين لما صح له تسليط الغير على العقد عليها والمفروض أن الوكيل على مجرد إجراء الصيغة ليس مسلطاً لا على العين ولا على العقد ، إذ لم يجعل المالك ذلك له إلّا مجرد إجراء الصيغة وبعد أخذ السلطنة على المال في موضوع الخيار ، كيف يعقل أن يثبت لمن ليس له هذه السلطنة ؟!

قوله ﷺ : ألا ترى أنه لو شك المشتري ... إلى آخره .

قياس المقام على الشك في كون المبيع ممن ينعتق عليه لا يخلو عن مسامحة ، فإن المقام معلوم فيه عدم تحقق موضوع الخيار ، والمقيس مشكوك فيه وإن كان الجامع بينهما أن في كل منهما يكون التمسك بالعموم من باب إثبات الموضوع بالحكم ، والمقيس عليه أسوأ حالاً من المقيس ؛ لمعلومية عدم الموضوع في الأول

وجهوليته في الثاني .

قوله ﷺ : وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيد ... إلى آخره .

المطلق سائر أخبار خيار المجلس ، والمقيد الخبر الذي جمع بين خيار المجس وخيار الحيوان ، وأما كونه ليس من قبيل المقيد ، فلأن تقييد خيار الحيوان بصاحب الحيوان الظاهر في الأصل لا يقتضي تقييد خيار المجلس بالأصيل أيضاً ؛ للجمع بينهما . نعم وحدة السياق تشهد بوحدتهما من هذه الجهة .

قوله ﷺ : مع أن ملاحظة حكمة الخيار ... إلى آخره .

وهي الإرفاق على المتبايعين من جهة الغبن وظهور العيب الذي لا يثبت بهما الخيار من أجلهما ، أو من جهة أن يكون لهما مجال للعدول والتأمل ، أو لغير ذلك ، ولا معنى للإرفاق على الوكيل على مجرد إيقاع الصيغة الذي لا علاقة له في شيء من المال أصلاً .

قوله ﷺ : وعلى المختار فهل يثبت للموكلين ... إلى آخره .

لا يخفىٰ أن بعضهم جعل المستند لعدم ثبوت الخيار للوكيل على مجرد إجراء الصيغة هو كون الوكيل على الصيغة ليس إلّا آلة للموكل ، فليس البيّع إلّا نفس الموكل ، ولا فرق بين أن يكون البيّع بلسانه يُنشئ البيع ، فيكون لسانه آلة وهو البيّع ، أو يُنشِئه بلسان غيره بتسبيبه ، فيكون آلة أيضاً كلسان نفسه ، وحينئذ فثبوت الخيار للموكل لعموم : «البيّعان بالخيار»[1] مما لا شبهة فيه ، وإن قلنابانصراف البيع إلى العاقد المالك ؛ لأن الموكل يكون أيضاً عاقداً بآلة .

وقد أشار المصنف ﷺ إلى هذا المعنى بقوله : إن الوكيلين كآلة للمالكين .

ولكن للنظر في هذا مجال ، فإن تشبيه الوكيلين بالآلة مما لم يتضح معناه ؛ لأنه حقيقة كون الشيء آلة لشيء أنه موصل لأثر ذلك الشيء من دون أن يكون

---

١ ـ **الوسائل** ١٨ : ٦ كتاب التجارة ، باب ١ من الخيار ، حديث ٣.

للآلة اختيار في الفعل ، ولا إشكال أن الوكيلين على الصيغة موجدان لمضمون العقد باختيارهما ، وإلّا لما صح توكيلهما ولا صح إنشاؤهما .

نعم ليس لهما بعد قبول التوكيل أن يتصرفا إلّا بمقدار ما توكلا فيه ، لقصور الإذن والوكالة عن الشمول ، وهذا معنىً آخر غير كونهما كالآلة .

فالتحقيق أن يقال في المقام : إن البيع حقيقته هو المبادلة بين الطرفين ، فالبيّع حقيقة لا يصدق إلّا على من قام به طرف الإضافة ، وليس هو إلّا المالك فهو البيّع حقيقة ، سواء كان هو العاقد أو وكيله ، وسواء كان الوكيل وكيلاً على الصيغة فقط ، أو وكيلاً مفوضاً ، وليس هذا إلّا كالزوج والزوجة ، فإن الزوج ليس إلّا من كان طرفاً للنكاح ، سواء كان هو المنشئ للعقد أو وكيله على العقد أو وكيله المفوض ، فكما أن الوكيل المفوض على عقد النكاح لا يكون زوجاً ، فكذلك المفوض على البيع لا يكون بيّعاً ، فقوله ﷺ : « البيّعان بالخيار » لا يشمل الوكيل مطلقاً أبداً .

والسر في ذلك أن الوكيل إنما يوجد المعاملة لغيره لا لنفسه ، فالمبدأ إنما يقوم حقيقة بالموكل ، فهو الذي له البيع والمبادلة ، كما هو الذي له النكاح والزواج ، وهكذا ، وإن كان المبدأ قائماً بالوكيل قيام صدور وإيجاد ، لكن ليس إيجاده لنفسه ، فلا يكون طرفاً للإضافة المعاملية التي أوجدها ، فلا يكون المبدأ قائماً به قيام حلول ، ولم يكن منتسباً له وطرفاً للإضافة الموجودة .

وهذا نظير من يُلبس الثوب لآخر ، فإنه ليس هو اللابس ، بل الآخر الذي ألبسه إياه هو الذي يكون لابساً ، فيكون الوكيل على هذا كواسطة في الثبوت لنسبة المعاملة الى الموكل .

نعم لو أريد من البيع هو نفس العقد الذي هو عبارة عن إيجاد المعاملة صحّ إطلاق البيّع والبائع علىٰ الوكيل ، فيكون البيع علىٰ نسق الإلباس ، فيصدق البائع

علىٰ موجد البيع ، ولو كان لغيره ، كما يصدق الملبس علىٰ موجد اللبس ولو كان لغيره .

وعليه يساوق البائع الملبس إذا أُريد من البيع المعنى المصدري ، ويساوق اللابس إذا أُريد من البيع المعنى الاسم المصدري ، إلّا أن إطلاق البيع علىٰ المعنى المصدري قليل يحتاج إلى القرينة ، خصوصاً لفظ البيّع الذي هو من الصفات المشبهة بإسم الفاعل الدالة علىٰ الثبوت لا على التجدد ، فلا يناسب اشتقاقه من البيع بالمعنى المصدري الدال على التجدد وجهة الصدور والإيجاد وإن صح في لفظ البائع ، فلا يصح إطلاق البيّع على الوكيل ، كما لا يصح إطلاق الزوج على الوكيل وإن صح إطلاق المزوّج عليه ، ويشهد لذلك لفظ البيّع في بعض الأخبار بالتاجر الذي لا يصدق على الوكيل خصوصاً الوكيل علىٰ مجرد العقد .

إذا عرفت ما ذكرناه ، فمقتضاه عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل المفوض فضلاً عن الوكيل علىٰ مجرد إجراء الصيغة ؛ لعدم عموم دليل الخيار بدلالته اللفظية له .

ولكن المجموع من الأدلة الدالة علىٰ قبول الشيء للتوكيل فيه ، وعلى صحة الوكالة ونفوذها تكون حاكمة على أدلة الشيء الموكّل فيه ، فإذا دل الدليل مثلاً على أن الطلاق بيد من أخذ بالساق ، ودل الدليل علىٰ قبول الطلاق للتوكيل فيه ، ودل على صحة الوكالة ونفوذها . كما هو الفرض ، فإن دليل الوكالة يكون حاكماً على دليل أن « الطلاق بيد من أخذ بالساق »[1] وموسعاً ، فيكون الطلاق بيد من أخذ بالساق[2] أصالة أو بيد من هو بمنزلته بالتوكيل ، ولا يكون هذا الدليل معارضاً لأدلة التوكيل ، ولا يحتاج صحة عمل الوكيل إلىٰ أكثر من دليل الوكالة ،

---

١ ـ المستدرك ١٥ : ٣٠٦ كتاب الطلاق ، باب ٢٥ من المقدمات والشرائط ، حديث ٣ .
٢ ـ في الأصل : بالسياق .

فلا يلاحظ شمول قوله : « الطلاق بيد ... » إلى آخره للوكيل .

نعم لا بد أن يلاحظ مقدار الوكالة سعة وضيقاً ، فيكون التنزيل بمقدار مضمون الوكالة ولا يتعدى عنه ، وهنا وإن كان قوله : « البيّعان بالخيار » لا يشمل إلّا المالكين الذين وقعا طرفاً للمبادلة ، ولا يشمل بمنطوقه الوكيلين بأي معنى فرض للوكيل ، إلّا أن دليل الوكالة حاكم على هذا الدليل كسائر الأدلة المثبتة لأحكام الأصيل ، فلا بد أن يلاحظ مقدار الوكالة ، فإن كانت الوكالة على مجرد إجراء العقد ، كما هو فرض المقام ، فلا يكون دليل الوكالة حاكماً إلّا على الدليل الدال على أن البائع هو الذي يُنشئ العقد ، فلا ينزل الوكيل منزلة الموكل إلّا من حيث كونه عاقداً ، والخيار لم يثبت للمالك بعنوان كونه عاقداً كما هو الفرض ، بل بعنوان كونه بيّعاً ، فلا وجه لاحتمال أن الوكيل على مجرد إجراء الصيغة يثبت له الخيار بدليل البيّعان بالخيار كما هو واضح .

وبهذا يظهر أن ثبوت الخيار للموكلين أيضاً لا وجه لاحتمال خلافه ؛ لأنهما بيّعان حقيقة .

ومن هذا التقرير يتضح لك الحال في حكم الوكيل المفوض ، فإنه لمّا كان وكيلاً مفوضاً على كل شيء يتعلق بالمال من جميع أنواع التصرفات ، فهو وكيل على جميع ما يخص هذا المال من أنواع التصرفات وشؤونها ، وما يترتب عليها كالمقارض في القراض ، فيكون بمنزلة المالك من حيث كونه بيّعاً ، فهو بيّع تنزيلاً أن هذا معنى التفويض ، فكل ما للمالك من الأحكام التجارية لا بد أن تثبت له .

ومن جملة الأحكام كون المالك البيّع بالخيار ، فهو بالخيار أيضاً بحكم حكومة أدلة الوكالة ، فلا يحتاج حينئذ إلى الاستدلال على ثبوت الخيار للوكيل المفوض بعموم البيّع له ، بل لا معنى له لعدم الشبهة في عدم عمومه ، كما ذكرناه ، وسيأتي لذلك مزيد توضيح .

قوله ﷺ : والمراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد ... إلى آخره .

لا يخفى أنه ليس في روايات الباب لفظ المجلس حتى يرجع إلى مقدار دلالته عرفاً ، وصدق المجلس وعدمه على مجلس الموكلين المتباعدين ، فإن هذا التعبير ليس إلّا من الفقهاء لأجل العنوان انتزاعاً من تقييد الخيار بعدم الافتراق ، وإنما الموجود في الروايات هو تحديد الخيار بعدم الافتراق ، فلا بد أن يلحظ مقدار دلالة هذا المعنى ، ولما كان الافتراق معنى يقابل الاجتماع تقابل عدم الملكة للملكة، فلا محالة لا يصدق الافتراق إلّا بعد الاجتماع ، فلا بد من فرض اجتماع المتبايعين حين البيع في ثبوت الخيار لأجل هذه المقابلة ، وإلّا فلا يصدق الافتراق أصلاً ، وحينئذ ففي فرض تباعدهما وعدم اجتماعهما مع اجتماع الوكيلين الذين لا خيار لهما ، كما هو المفروض ، فإما أن يثبت الخيار لهما دائماً لعدم معقولية تحقق الافتراق بعد ذلك الذي أخذ في موضوع زوال الخيار ، وإما أن لا يثبت الخيار من أول الأمر ، ولا إشكال ببطلان الأول ؛ لعدم تحقق موضوع الخيار ، ولأن دوامه على هذا النحو لا يقول به أحد .

نعم يعتبر الاجتماع البيّعي لا الاجتماع المكاني بحيث يكونان في مكان واحد؛ لأن ظاهر قوله ﷺ : « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » أن الخيار ثابت للبيعين الغير المتفارقين بما هما بيعان ، إذ الظاهر في كون العنوان مأخوذاً في الموضوع ، لا صرف مرآة وحاك عن ذات البيّعين ، خصوصاً مع ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع ، فلو أمكن تحقق الاجتماع البيّعي بدون وحدة المكان لما ضرّ في تحقق موضوع هذا الخيار .

ولكن لما كان الغالب هو الملازمة بين الاجتماع البيّعي ، والاجتماع المكاني[1]، بل يستحيل انفكاكهما عادة في غير هذه الأعصار ، عبّر عن هذا

---

١ ـ في الأصل : المكان .

الاجتماع بوحدة المكان والمجلس .

وتظهر الثمرة في هذه الأعصار إذا تبايع المتبايعان بالهاتف ـ المعبر عنه بالتليفون ـ فإنه يتحقق الاجتماع البيّعي ، وإن لم يتحقق الاجتماع المكاني ، فإذا قلنا بكفاية الاجتماع البيّعي ـ كما هو الظاهر ـ يثبت لهما الخيار ، وإن كانا متباعدين مكاناً ؛ لصدق الافتراق بعد ذلك .

قوله ﷺ : فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص ... إلى آخره .

قد عرفت أن النص لا عموم له للوكيل مطلقاً حتى المفوض ، وإنما صححنا ثبوت الخيار للمفوض بملاحظة حكومة أدلة الوكالة على هذا النص باعتبار تنزيل الوكيل منزلة الموكل ، بحيث يكون الوكيل هو نفس الموكل تنزيلاً بمقتضىٰ الوكالة ، فكأنه وجود آخر للموكل وصورة أخرى له ، فإذا أوجد الوكيل البيع للموكل ينسب وجود البيع للموكل ، فكأنه هو الموجد له ، ومن هذا الطرف ينسب المال للوكيل ، فكأنه باع لنفسه وباع ماله ، فينسب له البيع بالمعنى الاسم المصدري تنزيلاً ، فالمالك له البيع تحقيقاً وموجد له تنزيلاً ، والوكيل له البيع تنزيلاً وموجد له تحقيقاً .

وبهذا التقريب يكون الوكيل بيّعاً تنزيلاً ، وإن قلنا : إن المنصرف من البيع هو المالك العاقد ، فالخيار الذي يثبت لعنوان البيّع يثبت لهما معاً ، لا على نحو يكون لكل منهما خيار مستقل ، بل هو خيار واحد ثابت لموضوع واحد ، وهو عنوان البيّع ، والموكل والوكيل بالتنزيل صارا كشخص واحد قام به البيع ، فليس إلّا بيّع واحد وليس إلّا خيار واحد ثبوته للوكيل بعين ثبوته للموكل .

وبهذا التقرير يظهر أن الخيار كما يثبت للوكيل أيضاً يثبت للموكل ، بل ثبوته للموكل أولى ؛ لأنه إنما يثبت للوكيل لتنزيله منزلة الموكل ، فيكون في طوله لا في عرضه ، ولهذا تكون حكومة أدلة الوكالة على سائر الأدلة من باب التوسع

في النسبة لا الموضوع ، فتكون نسبة حقيقية ، ونسبة أخرى مجازية ، بمقتضىٰ الحكومة ، فيكون هذا الخيار في هذا المقام له نسبة حقيقية إلى ما هو بيّع حقيقة بغير تنزيل ، ونسبة مجازية إلى ما هو بيّع تنزيلاً .

وعلى هذا الأساس تتفرع الفروع الآتية في الكتاب كما سيأتي .

نعم قد يشكل الحال في الموكلين لو كانا متفرقين ليس لهما الاجتماع البيّعي ، فهل يثبت الخيار للوكيلين دون الموكلين ، كما في التذكرة وظاهر الكتاب ؟ أو لا يثبت للجميع ؟ أو يثبت للجميع ؟ وجوه :

من أن الموكلين لم يتحقق فيهما موضوع الخيار ، فلا يثبت لهما دون الوكيلين .

ومن أن ثبوت الخيار للوكيل ؛ لأنه نائب الموكلِ وفي طوله ، فإذا لم يثبت للموكل كيف يثبت للوكيل ، وما بالعرض لا بد أن ينتهي إلى ما بالذات .

ومن أن الوكيل لما نزل منزلة الموكل ، بحيث كان الوكيل كصورة أُخرىٰ ووجود آخر للموكل ، فكما أنّ عقد الوكيل عقد الموكل تنزيلاً ، كذلك حضوره حضور الموكّل تنزيلاً ، فالموكل عاقد وحاضر للعقد تنزيلاً ، فله الاجتماع التنزيلي كالعقد التنزيلي ؛ لأن نسبة العقد من الوكيل الحاضر إليه تستدعي نسبة الحضور إليه ، بل حتى في صورة حضور الموكلين للعقد ، فإن الخيار إنما يثبت لهما لكون حضور الوكيلين حضور لهما تنزيلاً ؛ لأن اجتماعهما حال البيع ليس اجتماعاً بيّعياً ، فتأمل .

وهذا الأخير أقوى الوجوه ، وعليه فلو تفرق الوكيلان ، فهل يبقى الخيار للموكلين ؛ لأنهما لم يتفرقا ـ بل لا يعقل أن يتفرقا إذ ليس لهما اجتماع حتى يفترقا ـ أو أنه يزول بمجرد افتراق الوكيلين ؟ الظاهر هو الثاني إن لم يكن هو المتعين ؛ لأنه إنما ثبت لهما الخيار لنسبة الاجتماع إليهما تنزيلاً ، فإذا تفرّق الوكيلان كان لهما

التفرّق التنزيلي أيضاً ، فلا وجه لبقاء الخيار لهما حينئذ .

وعلى هذا أنه لو كانا مجتمعين في مكان آخر غير مكان البيع ، كان تفرق الوكيلين عن مجلس العقد موجباً لسقوط خيارهما وإن بقيا مجتمعين ، كما أنه لو تفرقا عن مجلسهما الذي ليس هو مجلس العقد لا يسقط خيارهما مع بقاء الوكيلين على اجتماعهما .

والحاصل أن المدار على اجتماع الوكيلين وافتراقهما .

قوله ﷺ : وقد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ... إلى آخره .

لا مساس لعدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله في المقام ؛ لأن الحالف إنما يحلف على ترك ما هو فعله وعمل نفسه حقيقة ، وبيع الوكيل هو فعل الوكيل حقيقة وإنما كان فعل الموكّل تنزيلاً .

نعم البيع بالمعنىٰ الاسم المصدري يكون طرفه الموكل ، فهو بيّع بهذا المعنى ، إلّا أنّ هذا لا يجعله فاعلاً للبيع تحقيقاً حتى يحصل الحنث ولا شبهة أن الحنث إنما يحصل بفعل ما حلف على تركه ، ولا يعقل أن يحصل بفعل الغير عن الحالف وإن كان ينسب إليه الفعل مجازاً ؛ لأنه إنما فعله عنه ، وهذا بخلاف الوكيل على مجرد العقد ، فإن الموكل هو البائع حقيقة والبيع فعله ، وإن كان مجرد العقد ليس بفعله ، فإذا كان حالفاً على ترك البيع وباع ووكّل الغير على إجراء الصيغة لا بد من حصول الحنث ؛ لأنه فعل ما حلف على تركه .

نعم لو كان حالفاً على ترك العقد ، ووكّل في إجراء العقد يمكن القول بعدم حصول الحنث .

والحاصل أن المقصود في المقام أن الموكّل يصدق عليه عنوان البيّع ولو باعتبار أنّ فعل الوكيل فعله تنزيلاً ، فلا ينافيه القول بعدم حصول الحنث لو حلف علىٰ ترك البيع وقد باع وكيله عنه ؛ لأن هذا لا يكشف إلّا عن عدم كون البيع فعلاً

له حقيقة، لا أنه يكشف عن عدم اتصافه بعنوان البيّع، خصوصاً وأن صيغة البيّع من الصيغ المشبّهة باسم الفاعل، فيكفي قيام المبدأ بالمعنىٰ الاسم المصدري بالمالك في صدق عنوان البيّع حقيقة على المالك، وإن كان بسبب الوكيل الذي أوجد البيع، فيكون الوكيل هو الذي أوجد البيع حقيقة، والبيع منتسب إلى المالك حقيقة وإن كان انتسابه إلى الوكيل تنزيلاً باعتبار كونه صورة للمالك كما تقدم، فالبيع قائم بالمالك وإن لم يكن بفعله وإيجاده.

فتحصّل أن الحق ثبوت الخيار للموكّل؛ لصدق عنوان البيّع، بل هو أولى من الوكيل لصدق عنوان البيّع على الموكل حقيقة وعلى الوكيل تنزيلاً ومجازاً على ما تقدم، وتوهم مدخلية المباشرة في صدق عنوان البيّع لا وجه له أصلاً.

قوله ﷺ: فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى اعماله ... إلى آخره.

لما عرفت أنه ليس هناك إلّا خيار واحد لبيع واحد، غاية الأمر أن وجود البيع الواحد ينسب إلى الموكل حقيقة وأولاً وبالذات، وإلى الوكيل مجازاً وثانياً وبالعرض لمكان التنزيل، ولذا يكون الوكيل كصورة للموكل ووجود ظلي له، ولذا أيضاً لا يكون صدق قوله ﷺ: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا» علىٰ الوكيلين والموكلين معاً من باب العموم الاستغراقي ولا المجموعي، بل ليس من باب العموم أصلاً، ففي الحقيقة لا يكون في هذه المعاملة الخاصة إلّا بيّعان لبيع واحد لا بيّعان وبيّعان لبيع واحد، فإذا سبق واحد من أهل الطرف الواحد، فأعمل الخيار لا بد من نفوذه فسخاً كان أو إمضاءاً، وسقوط خيار الآخرين، إذ الخيار الواحد لا يبقى بعد إعماله وإعدامه، ومن هنا تعرف أنه ليس من باب تقديم الفاسخ على المجيز، بل من باب إعدام الخيار الشخصي، فلو كان السابق مجيزاً واللاحق فاسخاً قُدّم السابق.

قوله ﷺ : ثم على المختار من ثبوته للموكلين ، فهل العبرة ... إلى آخره .

لا يخفى أنه تارة يتكلم أنه يشترط حضور الموكلين وعدمه في ثبوت الخيار لهما ، وقد تقدم أن المختار هو ثبوته لهما مطلقاً ، وإن لم يكونا حاضرين .

وأخرى يتكلم فيما إذا لم يكن الموكلين حاضري بمجلس العقد ـ وقلنا بثبوت الخيار لهما في هذه الصورة ـ أن اجتماعهما في غير مجلس العقد ، هل يعد اجتماعاً ، فيكون تفرقهما عن هذا الاجتماع الخارج عن مجلس العقد مسقطاً للخيار ، وأنّ تفرق الوكيلين موجب لسقوط خيار الوكيلين ، سواء كانا مجتمعين خارج العقد أو لا ؟[1] ، وقد تقدم أن العبرة في هذا المقام هو تفرق الوكيلين وبقاؤهما مجتمعين ، ويدور خيار الموكلين مدار ذلك سقوطاً وبقاءاً .

وثالثة يتكلم بعد فرض حضور الموكلين ـ والقول بثبوت الخيار حينئذ لهما ـ أن المدار في سقوط الخيار على تفرق الوكيلين فقط حتى لو بقي الموكلان مجتمعين أو على تفرق الموكلين فقط ، فيسقط الخيار حتى لو بقي الوكيلان مجتمعين ، بعكس الاحتمال الأول ، أو على تفرق الجميع ، الوكيلين والموكلين ، فلو بقي الوكيلان أو الموكلان ، أو وكيل من طرف ، وموكل من طرف آخر مجتمعين لا يسقط الخيار ، ولا يضر تفرق الآخرين ، وإنما يكون التفرق مسقطاً لخيار نفس المتفرق خاصة دون من كان باقياً في مجلس العقد ، وهذا الوجه الأخير أقوى الوجوه كما في الكتاب .

أما بناءاً على ما سلكه المصنف ﷺ وغيره من ثبوت الخيار للوكيل في عرض ثبوته للموكل لمكان عموم النص لكل منهما عموماً استغراقياً لصدق البيع على كل منهما فواضح ؛ لأنه قوله ﷺ : « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » ينحل

---

١ ـ في الأصل : أولى .

كسائر العمومات على قدر تعدد الموضوع ، فلكل متبايعين خيار مستقل ، سواء كانا وكيلين أو أصيلين[1] ، كما أن لكل متبايعين تفرق مستقل يوجب سقوط خيار نفسيهما ، فلا ربط حينئذ لخيار الوكيل بالأصيل ولا لتفرقه بتفرقه كما لو تعدد البيع ولكل بيع بيّعان ، ولكن هذا المبنىٰ لا يمكننا المساعدة عليه كما تقدمت الإشارة إليه غير مرة ضرورة أنه ليس هناك بحسب الفرض إلّا بيع واحد . فلا بد أن لا يكون إلّا بيّعان ، بائع ومشتري ، لا بائعان ومشتريان أحدهما في عرض الآخر لبيع واحد ، فلا بد أن لا يكون إلّا خيار واحد وتفرق واحد .

وأما بناءاً على ما سلكناه من أن ثبوت الخيار للوكيل في طول ثبوته للموكل باعتبار أن الوكيل وجود آخر تنزيلي للموكل ، كما أوضحناه ، فقد يشكل الحال في المقام للزوم التناقض في الغاية ـ وهو قوله « ما لم يتفرقا » ـ لو تفرق الوكيلان أو الأصيلان ، أو وكيل وأصيل من الطرفين ، وذلك لأنه على هذا الفرض ليس إلّا خيار واحد ، ولا بد أن تكون غاية واحدة ، كما أن المفروض صدق النص علىٰ الوكيلين بعين صدقه علىٰ الأصيلين ، فإذا تفرق الوكيلان فقط مثلاً صدق تفرق البيّعين الذي هو غاية لثبوت الخيار ، فلا بد أن يسقط ، وصدق أيضاً عدم تفرقهما لبقاء الموكلين ، فلا بد أن يكون باقياً ، وهذا ما نريده من التناقض ويرتفع هذا التناقض بتخصيص سقوط الخيار بتفرق الوكيل و[2] الموكل أو أحدهما .

والوجه في الأول أن ثبوت الخيار للموكلين بناءاً على عدم اعتبار حضورهما في مجلس العقد في ثبوته لهما ، لا لمكان كون لهما الحضور البيعي ، فإنه لا حضور بيعي لهما ، بعد أن كان الوكيلان مفوضين ، وإنما لهما الحضور حال البيع على

---

١ ـ في الأصل : أصلين .
٢ ـ في الأصل : أو .

نحو الاتفاق ، بل إنما ثبت الخيار لهما لمكان أن حضور الوكيلين حضورهما تنزيلاً ؛ لأن وجود الوكيل وجود الموكل تنزيلاً ، وحيث كان كذلك فالمدار في سقوط الخيار علىٰ تفرق الوكيلين ، كما كان مدار ثبوته للموكلين على حضور الوكيلين ، فلا اعتبار بحضور الوكيلين ولا بتفرقهما ، فيثبت الخيار للموكلين مع حضور الوكيلين وإن تفرقا ، ويسقط خيارهما مع تفرق الوكيلين وإن بقيا مجتمعين.

ولكن هذا الوجه مخدوش ؛ لأن استفادة اعتبار الحضور البيّعي على نحو التوصيف أو الغاية من دليل هذا الخيار لا شاهد لها ، وغاية ما يستفاد اعتبار الحضور حال البيع وعدم التفرق ، فلا حاجة إلى تنزيل حضور الوكيلين منزلة حضور الموكلين في ثبوت الخيار للموكلين ، بل هما بأنفسهما حاضرين ، بلا حاجة إلى هذا التنزيل .

نعم فيما إذا لم يكونا حاضرين لا بد من هذا التنزيل في ثبوت الخيار لهما ، وإلّا لما ثبت الخيار لهما .

والوجه في الثاني ـ وهو تخصص سقوط الخيار بتفرق الموكلين دون الوكيلين ـ أن الخيار إنما يثبت للوكيلين ثانياً وبالعرض ومجازاً بعد فرض ثبوته للموكلين حقيقةً وبالذات ، فثبوت الخيار للوكيلين تابع لثبوته للموكلين ، ومقتضاه أن المدار على تفرق الموكلين ؛ لأنهما هما اللذان ثبت لهما الخيار أصالة وحقيقة فهما كانا مدلول الدليل ، فالضمير الذي في قوله ﷺ : « ما لم يفترقا »[1] إنما يعود عليهما خاصة .

وهذا الوجه أيضاً مخدوش كسابقه ؛ لأنه وإن كان ثبوت الخيار للوكيلين يتبع ثبوته للموكلين ، والضمير بحسب الحقيقة إنما يعود إلى المالكين ، ولكن على مقتضى طريقة الحكومة وقضية ثبوت الخيار الطولي للوكيلين لا بد أن يكون

---

١ ـ في الأصل : يتفرقا .

لتفرقهما دخل في سقوط خيارهما ؛ لأنه معنى الحكومة المفروضة أن الوكيلين داخلان في موضوع الدليل توسعاً في النسبة ، فالحكم ثابت لهما بهذه الحكومة كثبوته للموكلين ، بل بعين ثبوته لا بثبوت آخر كما تقدم توضيحه ، فكما أن الخيار يثبت لهما لصدق البيّعين عليهما صدقاً طولياً ، فكذلك لا بد أن يسقط عنهما بتفرقهما ، كما يسقط بتفرق الأصيلين ، والوكيلان بحسب الفرض صورة الموكلين ووجود آخر لهما ، فتفرقهما بمنزلة تفرق الموكلين .

فالتحقيق والأقوىٰ ما قوّاه المصنف ﷺ ، من أن المدار علىٰ تفرق كل من الوكيلين والموكلين ، بمعنىٰ كفاية بقاء أصيل من طرف ووكيل من طرف آخر في مجلس العقد في بقاء الخيار لخصوص الباقي ؛ لأن وحدة الخيار ، وكون الوكيلين وجود تنزيلي وصورة لوجود الموكلين تقتضي ذلك ، ولا يلزم التناقض في الغاية ، فإن الدليل علىٰ هذا بعين صدقه على الموكلين يصدق على الوكيلين بصدق واحد ، فإذا تفرّق الوكيلان مع بقاء الموكلين لم يصدق التفرق للبيّعين ؛ لأن الموكلين بيّعان حقيقة ، فالبيّعان بما هو بيّعان بأحد الوجودين ـ وهو الوجود الحقيقي لهما ـ باقيان لم يتفرقا ، كما أنه إذا تفرق الموكلان مع بقاء الوكيلين لم يصدق التفرق للبيّعين أيضاً ؛ لأن الوكيلين أحد وجودي البيّعين التنزيلي ، فالبيعان بأحد وجوديهما باقيان لم يتفرقا .

والحاصل أن الموضوع هو البيّعان بما هو بيّعان بهذه الصفة لم تلاحظ فيه خصوصية الأشخاص ، كما أن الضمير في قوله « لم يتفرقا » عائد للبيّعين بما هما كذلك ، وليس لهما إلّا وجود واحد ينسب إلى الأصلين حقيقة وإلى الوكيلين مجازاً ، فإذا بقي الوكيلان والأصلان في مجلس العقد ، فالبيّعان لم يتفرقا وإذا بقي الوكيلان أو الأصيلان ، فالبيّعان لم يتفرقا أيضاً ، ولا يضر تفرق الوكيلين أو الأصيلين ؛ لأنه لا يوجب صدق تفرق البيّعين مع بقائهما بوجود آخر حقيقي أو

تنزيلي ، ولا يصدق تفرق البيّعين إلّا مع تفرق الجميع حيث لا يبقى وجود لهما باق في مجلس العقد أصلاً .

ومن هذا التقرير يتضح ما في بعض حواشي الكتاب من أن : الأقوى أنه يكفي في سقوط الخيار تفرّق أحد الشخصين الوكيل أو الموكّل ، وذلك لأن الظاهر أن الحكم معلّق على صدق التفرّق لا على صدق عدم التفرق ، والمفروض صدقه وإن كان يصدق عدم التفرق أيضاً مع بقاء أصيل أو وكيل[1] . انتهىٰ .

وجه الاتضاح أنه ـ بناءاً على ما ذكرناه ـ بمجرد تفرق الأصيل أو الوكيل لا يصدق تفرق البيّعين مع بقائهما بوجودهما الآخر ، فعدم سقوط الخيار بتفرق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل لا لصدق عدم التفرق فقط ، بل لعدم صدق التفرق للبيّعين .

والحاصل أن المدار على صدق تفرق البيعين بما هو بيّعان ، لا على صدق تفرق الوكيلين أو الموكلين بشخصهما بما هما وكيلان أو موكلان ، والتفرق الصادق هنا هو تفرق الوكيلين أو الموكلين بما هما كذلك ، وإلّا لا يعقل صدق تفرق البيّعين بما هو كذلك مع بقائهما بوجود آخر ، فتدبر ولاحظ ، فإنه دقيق في الجملة .

قوله ﷺ : وإن لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل ... إلى آخره .

الأقوى هو ما أفاده المصنف ﷺ من عدم ثبوت الخيار لهكذا وكيل لم تستدم وكالته إلى ما بعد العقد ، وإن كان وكيلاً مفوضاً بالنسبة إلى إيجاد المعاملة لا وكيلاً على مجرد إجراء الصيغة ، وذلك بناءاً على ما سلكناه من الحكومة واضح ؛ لأن المرجع هنا هو مقدار الوكالة سعة وضيقاً ، فلا بد أن يكون تنزيل الوكيل منزلة الموكّل على مقدارها ، ففيما إذا كان وكيلاً على مجرد إجراء الصيغة كان بمنزلته بهذا

---

١ ـ حاشية السيد اليزدي ٢ : ٦ .

المقدار ، فلم يثبت له الخيار ؛ لعدم صدق البيّع تنزيلاً عليه ، وفيما إذا كان وكيلاً مفوضاً إلى الآخر فهو بمنزلة المالك من جميع الجهات فتثبت له أحكام المالك من حيث كونه بيّعاً .

وأمّا في المقام ، فإنه وإن كان يصدق على الوكيل عنوان البيّع تنزيلاً ويكون وجوداً آخر للبيّع المالك حال البيع ، إلّا أنه لمّا كانت وكالته محدودة لم تتجاوز ما بعد العقد ، فلا يكون وجوداً آخر للبيّع فيما بعد العقد الذي هو محل ثبوت الخيار ، فلا محالة لا تقتضي الحكومة ثبوت الخيار لهذا الوكيل إلىٰ ما بعد العقد .

وهذا نظير ما لو كان وكيلاً مفوضاً مطلقاً ثم زالت وكالته بعد العقد ، فإنه لا يبقىٰ له هذا الوجود التنزيلي حتى يثبت له الخيار .

نعم الحكم الذي يثبت للأصيل حال العقد لا بد أن يثبت لهذا الوكيل حال العقد أيضاً ، فتدبر .

قوله ﷺ : لأن المتيقن من الدليل ... إلىٰ آخره .

لأن عنوان البيّع قد أخذ في موضوع الخيار فلا بد أن يصدق هذا العنوان لمن يثبت له هذا الخيار ، فلا يقبل النقل لشخص لم يثبت له هذا العنوان ، ومجرد التوكيل على الخيار لا يقتضي صدق عنوان البيّع على الوكيل .

والحاصل أن هذا الخيار يدور مدار صدق عنوان البيّع ؛ لأنه هو المتيقن من الدليل ، فلا يقبل النقل والانتقال ، ولا التوكيل فيه .

ثبوت الخيار للفضولي والمجيز

قوله ﷺ : لا لعدم صدق المتبايعين ... إلى آخره .

إذا كان الفضولي قد باع عن المالك ، فهو أسوأ حالاً من الوكيل على مجرد

اجراء العقد ؛ لعدم صدق البيّع عليه حتى عند العرف ؛ لأن البيّع من قام به البيع ، والمفروض عدمه ، وليس هناك ما يجعله منزّلاً منزلة المالك ولو في مجرد إجراء العقد حتى يجعله بيّعاً تنزيلاً ، فليس يصدق عليه البيّع لا حقيقة ولا تنزيلاً ، لا عرفاً ولا شرعاً .

وأما إذا كان الفضولي قد باع لنفسه فإنه وإن كان بيّعاً عرفاً كما أفاده المصنف ﷺ ، ولكنه لا يكون داخلاً تحت عموم قوله ﷺ : « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » لخروجه تخصصاً ، وإن كان البيع هو النقل العرفي .

بيان ذلك أن جعل الخيار من الشارع إرفاقاً على المتبايعين لا بد أن يكون بعد فرض صحة البيع عنده ، وإلّا لما كان مورداً للإرفاق ولا للخيار ، بل لا معنى للخيار شرعاً في مورد فساد البيع ، فلا بد ـ أخذاً من مناسبة الحكم والموضوع ـ أن يكون المراد من البيّع البيّع شرعاً ، بأن يكون بيّعاً بالبيع الصحيح شرعاً ، والفضولي[1] ليس ببيّع شرعاً ، وإن كان بيّعاً عرفاً ، فيكون هذا الفضولي خارجاً عن موضوع هذا الخيار تخصصاً ، كالفضولي البائع عن المالك ، وليس الإشكال فيه هو عدم حصول النقل الفعلي شرعاً حتى يقال ـ كما في المتن ـ : إن مقتضىٰ ذلك عدم الخيار في الصرف والسلم قبل القبض ، بل الإشكال ما عرفت من عدم صدق البيّع عليه شرعاً ، والبائع في الصرف والسلم قبل القبض بيّع شرعاً . وإن لم يحصل النقل فعلاً كما هو واضح .

وعلى تقدير فرض عدم صدق البيّع عليه شرعاً ، فلا مضايقة من القول بعدم الخيار في الصرف والسلم ، بل لا بد من الالتزام به ، وليس ذلك في نفسه لازماً باطلاً .

قوله ﷺ : فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين ... إلى آخره .

---

١ ـ في الأصل يوجد : « الباع لنفسه » .

لم نفهم معنى هذه الفحوى بعد أن كان المستند عند المصنف لعدم ثبوت الخيار للموكلين الغير المستقلين هو عدم نهوض أخبار الباب لإثبات التمكن من رد ما انتقل إليه المأخوذ في موضوع هذه الأدلة باعتبار إطلاقها المسوق لذلك بعد فرض الشك في هذا التمكن ؛ وذلك لأن عدم نهوض الأخبار لا يكون له فحوىٰ .

قوله ﷺ : نعم في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما... إلى آخره .

لصدق البيع على المجيز الحاضر مجلس العقد ، وليس شأنه إلّا كشأن المالك الحاضر الذي باع عنه وكيله ، ولا يفرق في ذلك بين النقل والكشف .

نعم لو قلنا باعتبار الحضور البيعي توصيفاً أو غاية ربما نقول بعدم ثبوت الخيار حينئذ للمالكين ؛ لأن حضورهما ليس حضوراً بيعياً والإجازة بحسب الفرض ليست بيعاً ، لكن الشأن في اعتبار هذا المعنى من الحضور ، بل القدر المتيقن من الحضور المعتبر هو الحضور المقارن للبيع ، كما تقدمت الإشارة إليه .

قوله ﷺ : واعتبار مجلس الإجازة على القول... إلى آخره .

أما على القول بالكشف فواضح عدم ثبوت الخيار للمجيز اعتباراً بمجلس الإجازة ؛ لأن البيع ينتسب له واقعاً من أول الأمر ، فهو بيّع واقعاً من حين العقد ، لا من حين الإجازة ، والمفروض عدم حضوره مجلس العقد ، بخلافه على القول بالنقل ، فإنما يصدق عليه البيّع من حين الإجازة ، فيصدق عليه البيّع وهو مجتمع مع الطرف الآخر ، فيشمله عموم قوله ﷺ : « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا »[1] .

لكن هذا بناءاً علىٰ أن الإجازة بيع واضح ، وأما بناءاً على عدمه ، فلا بد من بنائه على عدم اعتبار حضور مجلس العقد ، بل يكفي الاجتماع للبيّعين بصفة كونهما بيّعين الذي يصدق بعده الافتراق لهما بما هو بيّعان ، بحيث يكون ابتداء

---

١ ـ الوسائل ١٨ : ٦ كتاب التجارة ، باب ١ من الخيار ، حديث ٣ .

صدق البيّعين عليهما في حال الاجتماع ، وكفاية هذا القدر من الاجتماع تحتاج إلى مؤنة زائدة لا يتحملها انصراف الأدلة وإطلاقها ، والمسألة تحتاج إلى التأمل .

وبناءاً على الاكتفاء بهذا القدر لا بد من القول بثبوت الخيار للموكلين في صورة الوكالة ، وإن كانا مجتمعين خارج مجلس العقد بحيث يكون اجتماعهما خارج مجلس العقد هو المقتضي لثبوت الخيار لهما .

الخيار في بيع من ينعتق على المشتري

قوله ﷺ : وإلّا فلا إشكال في ثبوت الخيار ... إلى آخره .

لأن العتق إنما يحصل بعد الملك ، والمفروض أنه لا يملك إلّا بعد انقضاء زمن الخيار ، فلا عتق قبل انقضائه حتى يكون مانعاً من الترادّ ، إذ « لا عتق إلّا في ملك »[1] . ولكن هذا مبني على أن العتق بعد فرض حصول الملك آناً ما .

وأما لو قلنا أن العتق يحصل بمجرد الشراء ، فيكون البيع صورياً لا حقيقياً فلا يدخل تحت عموم « البيّعان بالخيار » ، كما سيأتي .

وتفصيل المقام يقتضي بسطاً في البحث ، فنقول : إن الأقوال في مسألتنا مبنية علىٰ أمور وقع الخلاف فيها :

أوّلها : المسألة التي أشار إليها المصنف ها هنا ، وهي أن ملك المتبايعين يحصل بعد انقضاء زمن الخيار أو بعده ، والأول قول اختص به الشيخ ﷺ علىٰ ما نسب إليه ، والنزاع إنما يجيء على الثاني دون الأول كما سبق ، والحق في المسألة هو الثاني ، وعليه اتفقت الكلمة الآن .

ثانيها : إن الخيار حق يتعلق بنفس العين أو بالعقد ، فإن كان الأول فلا

---

١ ـ وهو مضمون وارد في بعض الروايات ، راجع الوسائل ٢٣ : ١٦ كتاب العتق ، باب ٥ .

إشكال بعدم ثبوت الخيار في مقامنا ؛ لعدم بقاء العين علىٰ ملك من انتقلت إليه بالعقد ، فخرجت عن المالية ، وعندئذ لا معنى للرجوع إلى بدلها بعد تعذرها وخروجها عن المالية ، أو لانه إذا تعلق الخيار بالعين تتعارض أدلة هذا الخيار مع أدلة عدم عود الحر الى الرقيّة ، وأدلة انعتاق أحد العمودين على الولد بمجرد الملك ، والأدلة الأخيرة مقدمة ، إمّا لكونها لا تقبل التخصيص أو لغير ذلك ، فلا يكون المورد من باب تزاحم الحقوق ، كما يكون على الوجه الثاني وهو تعلق الخيار بالعقد لا بالعين ، فالخلاف في المقام إنما يجيء على هذا القول دون الأول ، والقول الثاني هو الأصح .

ثالثها : إن الفسخ حل العقد من حين العقد أو من حين الفسخ ، فإن كان الأول فلا إشكال بثبوت الخيار في المقام ؛ لأن الفسخ يكون إبطالاً لملكية المشتري الحاصلة بالعقد التي ترتب عليها الانعتاق ، فيكشف عن عدم تملك المشتري لأبيه ـ مثلاً ـ من أول الأمر وعدم انعتاقه عليه ، بخلافه على القول الثاني وهو الأصح أيضاً .

رابعها : إن شراء من ينعتق عليه شراء صوري ، من قبيل استنقاذ المسلم من يد الكافر بالشراء منه ، أو شراء حقيقي ، فإن كان الأول فلا مجال للخيار ؛ إذ لا بيع حتى يدخل تحت دليل « البيّعان بالخيار » ، بخلافه على الثاني ، وهو الأصح أيضاً ؛ لأنه مقتضىٰ الجمع العرفي بين أدلة شراء من ينعتق عليه الدال بعضها على الانعتاق بعد حصول الملك ، والبعض الآخر على عدم ملك الشخص لعموديه وما يلحق بهما ، المحمول بمقتضىٰ الجمع على عدم تملكه على نحو الاستمرار ، لا آناً ما لحصول الانعتاق .

خامسها : إن إقدام المشتري على شراء أبيه يعدِ إتلافاً له أم لا ؟ فإن كان الأول فلا وجه لثبوت الخيار له بعد إقدامه على إتلافه ، وهذا هو مبنى التفصيل

بين البائع والمشتري، فيثبت للبائع دون المشتري، كما نقل في الكتاب احتماله عن الدروس، إذ ليس للبائع ذلك الإقدام.

وقد يقال بعدم ثبوت الخيار له أيضاً؛ لأنه أيضاً له الإقدام على إتلافه واخراجه عن المالية، كما سيذكره المصنف.

وقد فصل ﷺ بين ما إذا كان المشتري عالماً بالحكم، فيكون إتلافاً، وبين جهله به، فيكون تلفاً قهرياً، كما أشار إليه فيما سيأتي، ولكنه تأمل فيه، وسيأتي وجه التأمل.

سادسها: إن حقيقة الفسخ إرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، أو صرف إرجاع المال بإرجاع بدله، ولو كان قد انتقل بعقد لازم إلى ثالث، فينتقل حينئذ إلىٰ بدله لا إلىٰ عينه، فإن كان الأول لا مجال لثبوت الخيار؛ لأنه لمّا تلف المبيع من المشتري بالانعتاق امتنع الفسخ إلّا برجوع المبيع إلى ملك المشتري آناً ما حتى يكون الرجوع بما هو ملكه ويتلق الفاسخ الملك من المفسوخ عليه، ثم يرجع كذلك إلى ملك البائع حتى يرجع إلى من انتقل عنه.

ثم إنه حيث تلفت العين بالانعتاق بإتلاف المشتري مضمونة عليه، فيُرجع عليه البائع ببدلها، كما هو كذلك في كل إتلاف للمبيع في مورد الخيار، كما لو نقله بعقد لازم. ولكن هذا المعنى لا يعقل تحققه في المقام؛ لعدم الدليل على رجوع العبد رقاً إلىٰ ولده بعد الانعتاق ولا آناً ما، وإنما قام الدليل على مكله ابتداءاً، ثم انعتاقه، كما تدل عليه أدلة[1] صحة شرائه، فلا يعقل تحقق الفسخ بهذا المعنى، فكيف يثبت الخيار؟

وأما بناءاً على القول الثاني في حقيقة الفسخ، فيصح التكلم في ثبوت الخيار وعدمه، وسيأتي.

---

١ ـ في الأصل: أدل.

إذا عرفت هذه الأمور الستة يتضح لك أن الكلام في ثبوت الخيار يتوقف على اختيار أمور :

١ ـ إن الملك للعوضين في البيع يحصل قبل انقضاء زمن الخيار .

٢ ـ إن الخيار يتعلق بنفس العقد .

٣ ـ إن الفسخ من حينه لا من حين العقد .

٤ ـ إن شراء من ينعتق عليه شراء حقيقي لا صوري .

٥ ـ إن الفسخ عبارة عن ترادّ نفس العينين أينما كان ، فإذا امتنع إرجاع العين ينتقل إلىٰ بدلها المثل أو القيمة .

وحينئذ نرجع إلىٰ أدلة خيار المجلس وأدلة شراء من ينعتق عليه ، فإنها بظاهرها متعارضة ، إلّا أنّه لما كان الخيار يتعلق بالعقد فيكون المقام من باب تزاحم الحقوق ، فإنه يتزاحم حينئذ حق المتبايعين وحق العبد المنعتق ، فإن أمكن الجمع بين الحقوق فذاك ، وإلّا فالمقدم أقوى الحقين .

ولا شبهة أن حق العبد أقوىٰ من حق الخيار ، إلّا أنّه يمكن الجمع بينهما بناءاً علىٰ تلك المباني المتقدمة وطريق الجمع هو الانتقال إلى البدل ، فيكون الرد لبدل العبد المنعتق ، فإنه بعد البناء علىٰ أن الفسخ عبارة عن ترادّ العينين أينما كانا لا حاجة في مقام الرد إلى رجوع العين إلى ملك المشتري آناً ما ، حتّىٰ يقال : إنّه لا دليل علىٰ جواز رجوع العبد إلىٰ ملك من انعتق عليه ثانياً ، بعد أن قام الدليل علىٰ ملكه ابتداءً له ثم انعتاقه ، بل يكفي فيه أن يعود رقاً إلى ملك البائع آناً ما ، ثم ينعتق مضموناً على المشتري فيرجع إلى بدله ، ولا بأس بالالتزام به بعد أن كان ذلك مقتضى الجمع بين الحقوق المتزاحمة .

نعم لا مجال لهذا الجمع إذا قلنا : إن حقيقة الفسخ هو ارجاع المال عمن انتقل إليه إلىٰ من انتقل عنه ، لِما تقدم من عدم الدليل علىٰ ملك الولد لأبيه ، وغاية

ما دل على ملكه له ابتداءاً ولا يقتضيه الجمع بين الحقوق ، فتأمل ، فإن عود الحرّ رقاً آناً ما ولو إلى غير من انعتق عليه مشكل ؛ لأدلة استحالة عود الحرّ رقاً .

اللهم إلّا أنْ يقال : لا حاجة على هذا القول إلى تقدير رجوع العين إلى ملك من انتقلت عنه في الفسخ ، بل العين لما كانت مضمونة على المشتري فمقتضاه أنه مضمونة بعد الفسخ بقيمتها ، كما في صورة تلف المبيع المستحيل عوده ملكاً إلى البائع وإن صحّ فيه التقدير قبل التلف ، ثم التلف مضموناً على المشتري ، فليصح هنا .

وأما مسألة الإتلاف ، فظاهر بعض كلمات المصنف أن الإتلاف إنما يتحقق إذا كان العتق يتحقق بنفس العقد من دون حصول الملك فيما إذا كان البيع صورياً .

وأما إذا كان البيع حقيقياً ، والعتق إنما يحل بعد الملك ، فلا يتحقق الإتلاف من الطرفين بالإقدام على البيع ؛ لأنه ليس الإقدام على البيع إقداماً على الانعتاق ، ولكنك قد عرفت أن الإقدام على السبب إقدام على المسبب ولو بالواسطة ، فيكون إقداماً على الإتلاف .

والتحقيق أنه وإن صدق الإتلاف بالإقدام على السبب إلّا أنه لا يسقط به الخيار ، أما إذا كان البيع صورياً ، فلا يدخل تحت عموم : « البيّعان بالخيار » فلا خيار حتىٰ يسقط بالإتلاف .

وأما إذا كان البيع حقيقياً ـ كما هو الصحيح ـ فالإتلاف إنما يكون مسقطاً للخيار إذا كان كاشفاً عن الرضا باللزوم كما يستفاد من التعليل في الرواية في خيار الحيوان ، فذلك رضاً منه .

وليس المراد منه صرف الرضا بمضمون العقد وحصول الانتقال ، فإن ذلك حاصل في كل بيع ؛ ضرورة أن هذا من قوام البيع المتضمن للنقل والانتقال ، بل المراد منه ما يكون محققاً لإسقاط الخيار وحق الفسخ ، وذلك إنما يتصور بعد

فرض ثبوت الخيار وإلّا فمع عدم ثبوته لا معنى للإسقاط ولا يثبت الخيار إلّا بمرتبة متأخرة عن البيع والشراء ، فلا يكون الإتلاف بنفس البيع داخلاً في الإتلاف المسقط للخيار المدلول عليه بالدليل ، لعدم كشفه عن الرضا بلزوم العقد بهذا المعنى من الرضا المتوقف علىٰ حصول البيع وثبوت الخيار ، فلا وجه لما أفاده المصنف أخيراً من أن الدفع أولى من الرفع لمنع الأولوية ؛ لأنه في صورة الرفع إنّما دل الدليل على سقوط الخيار بالإتلاف لكشفه عن الرضا باللزوم ، فيكون إسقاطاً فعلياً بالقصد إليه ، ومفهوم الأولوية إنما يثبت فيما إذا كانت علة الحكم موجودة في الفرع بنحو أقوى ، وهذه العلة ـ وهي الرضا علىٰ ما سمعت معناه ـ غير موجودة في الفرع وهو صورة الدفع ، فضلاً عن أن تكون بنحو أقوىٰ .

وعلى كل حال فالحق في المسألة عدم ثبوت الخيار ؛ لأن الحق أن الفسخ عبارة عن إرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه ، ضرورة أن التراد هو عكس المبادلة ، والحق في المبادلة ـ كما هو مختار المصنف ، وجملة من المحققين التابعين له ، خلافاً لبعض المحشّين ﷺ ـ أنها عبارة عن تبديل طرفي الإضافة ، ونقل كل من البدل والمبدل إلىٰ ملك من خرج الآخر عن ملكه ، لا مطلق التبديل بين العينين ، مع قطع النظر عن إضافتهما إلىٰ ملك مالكهما ، وقد تقدم الكلام فيه في محله .

والترادّ لمّا كان بديلاً للمبادلة وعكسها ، وإرجاع المالين إلىٰ حالهما السابق ، فلا بد أن يكون عبارة عن إرجاع كل من البدل والمبدل عن ملك من انتقل إليه بالمبادلة إلىٰ ملك من انتقل عنه ، وقد تقدم أنه بناءاً على هذا المبنىٰ في حقيقة الفسخ لا مجال لثبوت الخيار .

قوله ﷺ : والحاصل أنا إذا قلنا : إن الملك فيمن ينعتق عليه تقديري لا تحقيقي ... إلى آخره .

كما إذا كان البيع صورياً استنقاذاً للعبد ، وإنما كان الملك تقديرياً على هذا القول ؛ لأنه « لا عتق إلّا في ملك » ، فلا بد أن يقدّر الملك آناً ما قبل الانعتاق .

قوله ﷺ : لكنه حسن مع علمهما ، فتأمل .

لعله ﷺ أشار بالتأمل إلىٰ أن المفروض أنه أقدم على الشراء في صورة الجهل ، وإنما كان جهله بترتب التلف عليه ، وذلك لا يخرجه عن كونه إتلافاً ؛ لأنه يكتفىٰ في الإتلاف الإقدام على السبب ، وإن جهل بترتب المسبب عليه ، ولعله أشار إلىٰ ما هو التحقيق من أن البيع ليس صورياً ، بل هو حقيقي ، والإتلاف إنما يكون على الأول دون الثاني ، كما أفاده ﷺ .

قوله ﷺ : وقد يقال : إن ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبني ... إلى آخره .

القائل هو صاحب المقابيس ﷺ .

وبيان ما أفاده أن الخيار والانعتاق إما أن يكونا معلولي علة واحدة ، وهي نفس العقد أو الملك آناً ما بعد العقد ، وإما أن يكون الخيار معلولاً للعقد ، والانعتاق معلولاً للملك ، وإما يكون العكس ، الخيار معلولاً للملك ، والعتق معلولاً للعقد ، فإن كان الأول بأن كان معلولي علة واحدة هي العقد أو الملك كان في رتبة واحدة ، فيقع التزاحم بينهما للتنافي بين حق الخيار وحق الانعتاق ، فإمّا نرجع إلى الترجيح بالأدلة حيث يكون ذلك من باب التعارض ، كما رجح ﷺ أخبار الانعتاق بالأنصّية ، وإما نرجع إلى أقوى الحقّين حيث يكون المقام من باب التزاحم ، وحيث إن حق الحرية أقوىٰ ، فهو المقدم لغلبة جانب الحرية ، كما هو المشهور .

وعلى كل حال فالأقوى عدم ثبوت الخيار وإن كان ﷺ احتمل الثبوت جمعاً بين الحقّين .

وإن كان الثاني ، وهو الثالث في كلامه ؛ لأنه جعل الأول قسمين ، فيكون الخيار في رتبة سابقة على الانعتاق ؛ لأنه في رتبة علة الانعتاق وهي الملك ، فالأقوى ثبوت الخيار لسبق تعلق حقه ، فلا مجال لثبوت حق الانعتاق بعده .

وإن كان الثالث وهو الأخير في كلامه ، كان حق الانعتاق ثابتاً برتبة سابقة عكس السابق ، فلا مجال لثبوت حق الخيار ، فيقوىٰ عدم ثبوت الخيار كما في الأول .

والتحقيق أنه لا يمكن القول بكون الانعتاق متركباً على العقد ؛ لما عرفت من أن البيع حقيقي فيترتب عليه الملك ، ثمّ الانعتاق .

وأما الخيار فهو من أحكام نفس العقد لا الملك ، فالصورة الثانية من الصور الأربع هي الصحيحة .

ولكن لا يخفىٰ أن ما ذكره ـ من أن حصول الخيار في رتبة سابقة على العتق ، فلا يزاحمه العتق ـ محل نظر ؛ لأنه ليس ترتب الخيار على العقد ولا ترتب الملك على العقد من باب ترتب المعلول علىٰ علته حتى يكون حصول الملك الذي هو علة للعتق في رتبته حصول الخيار ، بل ترتب الخيار من باب ترتب الحكم علىٰ موضوعه ، وترتب الملك من باب ترتب المنشأ على الإنشاء ، ومن الضروري أن وجود المنشأ بعين وجود الإنشاء ، فإذا ترتب الخيار على العقد ، فقد ترتب على الإنشاء الموجود بوجوده المنشأ وهو الملك ، فيكون الخيار أيضاً في مرتبة متأخرة عن الملك ، أو نقول : إنه إذا قلنا : إن العقد موضوع للخيار ليس المقصود صرف الانشاء اللفظي ، بل الانشاء بما له من المنشأ ؛ ضرورة أن العقد من دون أنْ يكون منشأ به مضمونه حقيقة لا يكون موضوعاً للخيار ، فالخيار يتوقف على فرض المنشأ ، وهو الملكية وحصوله ، فكيف يكون في رتبة حصول الملكية ؟

قوله ﷺ : لأنصّية ... إلى آخره .

حيث إن عموم أخبار الانعتاق يأبى عن التخصيص ، بخلاف أخبار خيار المجلس وإن كان بينهما عموم من وجه ، فإن المستفاد منها عدم قابلية ملك القريب لقريبه ، فبمجرد ملكه ينعتق ، وفي بعض النسخ بدل قوله : « لأنصيّة » « لأخصيّة » ، ولعلّه بالنظر إلىٰ أخبار شراء من ينعتق على المشتري ، فتكون أخص من أخبار الخيار .

قوله ﷺ : وبالإجماع علىٰ عدم إمكان ... إلى آخره .

هذا تتميم للجمع بين الحقين ، والعمل بالنصين بالرجوع إلى قيمة المبيع بمقتضى هذا الإجماع ، إذْ مقتضىٰ ثبوت الخيار مع عدم انقلاب الحر عبداً أنه إذا فسخ البائع لا يبقىٰ في يده الثمن ولا المثمن ، فلا بد من الرجوع إلى البدل ـ القيمة أو المثل ـ بالإجماع علىٰ عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين .

قوله ﷺ : وتنزيلاً للفسخ منزلة الأرش ... إلى آخره .

لأنه إذا فسخ البائع يرجع على المشتري في الحقيقة بالتفاوت بين المسمىٰ وقيمة المبيع متىٰ ما كان المسمىٰ أنقص من القيمة ، وإذا فسخ المشتري يرجع على البائع بالتفاوت أيضاً متىٰ ما كانت القيمة أنقص من المسمىٰ .

قوله ﷺ : أو تعيب بما يوجب ذلك ... إلى آخره .

أي ما يوجب العتق كالعمىٰ والإقعاد .

قوله ﷺ : لمامر ، ولسبق ... إلى آخره .

أي لما مر من الجمع بين الحقين ، وحينئذ فلا مورد للتعليل الثاني ؛ لأنه إنما يثبت الخيار لسبقه ، حيث يكون منافياً لحق الانعتاق ، والمتنافيان إذا وجد أحدهما برتبة سابقة لا مجال لوجود الثاني ، ومع فرض إمكان الجمع بين الحقين لا يكون أحدهما منافياً للآخر ، فوجوده في رتبة سابقة لا يمنع من وجود الآخر ، فالتعليل الثاني إنما يتم في فرض عدم إمكان الجمع ، فكان المناسب عطفه بـ« أو »

لا بـ« الواو ».

قوله ﷺ : ولو تقديراً ... إلى آخره .

بأن يقدر (كما في صورة نقل أحد العوضين في زمان الخيار بـعقد لازم) دخول التالف بالعقد اللازم أو غيره في ملك من انتقل إليه أولاً آناً ما ، ثم خروجه عن ملكه إلىٰ ملك من انتقل عنه ، ثم تلفه بالعقد اللازم أو غيره مضموناً على من انتقل إليه أولاً ، الذي قد تلف بيده المال بالنقل أو بغيره .

قوله ﷺ : كما لو فرض بيع المشتري ... إلى آخره .

هذا مثال للنفي أي ما لا يجوز فيه التقدير ، وهو نفس المثال الذي ذكرناه في الحاشية السابقة . ولكن لا مانع من التقدير فيه ، وما سيذكره المصنف ﷺ من عدم إمكان عود الملك قبل الانتقال ـ الذي هو بمنزلة التلف ـ إلى الفاسخ محل منع ، فإنه في صورة التلف يقدر الملك آناً ما قبل التلف حتى يكون تلفه مـضموناً عـليه ، فكيف ما هو بمنزلته ؟

والحاصل أنه بعد قيام الدليل علىٰ أنه يعتبر في الفسخ خروج الملك عـن ملك من انتقل إليه إلىٰ ملك من انتقل عنه ، وقيامه على عدم سقوط الخيار مـع التلف ، وبما هو بمنزلته لا محيص من تقدير العود إلىٰ ملك من انتقل عنه قبل التلف آناً ما ، ثم تلفه من ملكه مضموناً علىٰ من انتقل إليه .

قوله ﷺ : كما يشهد به الحكم ... إلى آخره .

ولكن لو قلنا بالمقالة الأولىٰ في حقيقة الفسخ علىٰ ما هو الأصح ، فلا بد من الالتزام بعدم جواز الفسخ ، فيسقط الخيار .

قوله ﷺ : كان الأوفق بالعمومات ... إلى آخره .

جواب لقوله : وإن قلنا : إن الفسخ ... إلى آخره .

قوله ﷺ : فدفع الخيار أولىٰ ... إلى آخره .

لعله ﷺ أشار بالأمر بالتأمل إلى ما ذكرناه سابقاً من عدم الأولوية .

الخيار في ابتياع العبد المسلم من الكافر

قوله ﷺ : ومنها العبد المسلم المشترى ... إلى آخره .

إعلم أن الأقوال في شراء العبد المسلم من الكافر ثلاثة :

١ ـ إنه صورة بيع وشراء وحقيقته صرف استنقاذ ، بلا [أن] يكون للكافر فيه قبل البيع ملك ولا حقّ .

٢ ـ إنه شراء من جانب المشتري المسلم واستيفاء من جانب الكافر من غير أن يكون منه بيع ، وإنما له الحق في استيفاء ثمنه منه . وهذا ما أشار المصنف إلىٰ ردّه بأنه إن وجدت شرائط البيع فهو بيع من الطرفين ، وإلّا فلا بيع .

٣ ـ إنه بيع من الطرفين حقيقة بناءاً علىٰ أن الكافر يملك المسلم بقاءاً ، لا حدوثاً ، لكنه يقهر علىٰ سلب سلطنته بشرائه منه قهراً ؛ لنفي السبيل .

والبحث في المقام في أن أدلة الخيار شاملة للمقام أم لا ؟ إنما يتأتىٰ على القول الثالث دون الأولين ، أما الأول ، فلأنه لا بيع حقيقة حتى يدخل تحت عموم : « البيّعان بالخيار » كما تقدم نظيره في المسألة السابقة ، وأما الثاني فلما أفاده المصنف ﷺ : من أن الظاهر من قوله : « البيّعان بالخيار » اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين .

وحينئذ ـ بناءاً علىٰ القول الثالث ـ أيدخل هذا البيع تحت عموم « البيّعان بالخيار » ، أو هنا مخرج عقلي كالمسألة السابقة أو مُسقِط ؟ فإن قلنا : إن إقدامهما على هذا البيع يعد إسقاطاً للخيار ؛ للعلم بأنه لا سبيل للكافر على المسلم ، وعدم جواز إرجاع العين إليه ثانياً ، فلا بد من القول بسقوط الخيار كسقوطه باشتراط الإسقاط ، ولكن فيه ما لا يخفى ، فإن المفروض أن الكافر مقهر على بيعه ، فلا

يكون ذلك باختياره وإقدامه ، حتىٰ يكون منه إسقاطاً ، إذ الإسقاط لا يتحقق إلّا بالاختيار والإقدام عليه .

نعم ربما يقال : إن ذلك يتحقق من جانب المشتري ، وإن لم نقل بأن إقدامهما إسقاط للخيار لعدم تحقق الإقدام أو لعدم تحقق الإسقاط به فيبتني القولان فيه على القولين في حقيقة الفسخ ، كما تقدم في المسألة السابقة .

فإن قلنا : إنه يعتبر في الفسخ خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلىٰ من انتقل عنه ، فلا مجال للقول بالخيار لتوقف ذلك ـ كما عرفت ـ علىٰ تقدير دخول العبد في ملك الكافر آناً ما ، والمفروض أنّه لا سبيل لكافر علىٰ مسلم ، وهذا سبيل .

اللهم إلاّ أن يقال : إنّ دخوله في ملكه آناً ما لينتقل إلى البدل ليس سبيل عليه ؛ لأن الدخول كالخروج يكون قهرياً عليه ، وإنّما يتحقق السبيل عليه حيث يدخل في ملكه ولو آناً ما ، ثمّ يكون باختياره إخراجه بنقل أو عتق إلىٰ غير ذلك ، وإن قلنا بعدم اعتبار ذلك في الفسخ ، فلا إشكال في ثبوت الخيار ، ومع الفسخ يرجع إلى البدل ، وهو الذي يظهر اختياره من المصنف ﷺ ، فتأمل تَعرِف .

قوله ﷺ : ومنها شراء العبد نفسه بناءاً ... إلى آخره .

قد تذكر لمنع شراء العبد لنفسه (بعد فرض أنه يملك) وجهان :

أحدهما : إنّه على تقدير القول بأن العبد يملك ، فلا يخرج ماله عن ملكيّة المولى له ، غاية الأمر تكون ملكية تبعية تابعاً لملك رقبة العبد ؛ لأنه لا استقلال للعبد من حيث الملكية ، فهو وما تحت يده في قبضة مولاه .

ومع هذا كيف تصح المبادلة بين شيئين مملوكين لشخص واحد ، وقد تقدم مكرراً أن المبادلة هي تبديل طرفي الإضافة ، وهنا لا يحصل النقل إلّا لطرف واحد وهو المثمن ، أمّا الثمن فهو مملوك للمولى أولاً وأخيراً ، وأيضاً هذا يكون من قبيل

البيع بلا ثمن وإن قلنا بتحقق مفهوم المعاوضة .

وثانيهما : إن الشراء يستدعي ملكية المشتري للمبيع ، والشخص لا يملك نفسه .

ولكن يمكن دفع كل من الوجهين :

أمّا الأول ، فبأن يقال : إن ملكية المولىٰ لمال العبد في طول ملكه له ، فمعنى المبادلة أنّ المال المملوك طولاً يجعل بالمبادلة مموكاً بلا واسطة كسائر أمواله ، فينقل من مرتبة التبعية إلىٰ مرتبة الأصالة ، ويخرج المال من إضافته إلى العبد ويتمحض بالإضافة إلى المولى ، فتحصل المغايرة بين الحالين ويكون طرف المبادلة المال بنقله من مملوكية العبد إلى مملوكية المولىٰ أصالة وبلا وساطة ، فتصح المعاوضة والمبادلة ، ولا يكون البيع بلا ثمن .

وأما الثاني ، فبدعوى أنه لا مانع من القول بملك الشخص لنفسه باعتبارين ، فباعتبار كونه مشترياً هو مالك ، وباعتبار وقوع البيع عليه صار مملوكاً ، غاية الأمر أن نتيجة هذه الملكية هو انقلابه حراً بعد البيع بلا فصل كشراء ما في الذمة الموجب لفراغ ذمته بمجرد الشراء كما تقدمت الإشارة إليه في بعض المباحث السابقة ، كما في باب المعاطاة .

إذا عرفت ذلك ، فالكلام في المقام بعد فرض إمكان شرائه لنفسه في أنه يدخل هذا البيع في عموم : « البيّعان بالخيار » أم لا ؟

والأولىٰ هو الأول ، وإن قلنا : إن الفسخ عبارة عن المعنى الأول ؛ لإمكان تقدير ملكية المولى آناً ما كملكيته لنفسه كذلك ، ويكون تلفه بمعنى صيرورته حراً لا يملك مضموناً عليه ، فيرجع إلى المبدل ، فدعوى عدم شمول أدلة الخيار ظاهراً لا وجه لها إلّا أن يكون البيع منهما يعدّ إسقاطاً للخيار ، وبهذا يمكن الاستدلال على سقوط الخيار في مسألة بيع الجَمَد في شدة الحَر ، بل بيع كل ما يفسد بعد العقد .

والمسألة محل إشكال تحتاج إلى مزيد تأمل، وإن كان الأظهر سقوط الخيار في مسألة شراء العبد لنفسه ؛ لتحقق الإقدام على إخراجه عن قابلية الملك بنفس البيع، ولا يتصور فيه الجهل، كما في بيع من ينعتق على المشتري.

دخول خيار المجلس في غير البيع

قوله ﷺ : لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود ... إلى آخره .

الكلام تارة يكون في العقود اللازمة، كالإجارة والصلح والمساقاة، وأخرى في العقود الجائزة، كالهبة والوكالة والعارية.

أما عدم دخوله في العقود اللازمة، فضافاً إلى الإجماع المنقول اختصاص دليل هذا الخيار بالبيع، فتعديته إلى غيره من العقود اللازمة قياس لا نقول به، حتى في عقود المعاوضة.

ولو قيل : إنه في التلف قبل القبض ورد النص في أنه من مال البائع وعدّوه إلى غير البيع من عقود المعاوضة، فهلّا كان اختصاص دليله بالبيع مانعاً عن التعدي ؛ لأنه قياس ؟ يجاب عنه بالفرق بين المقامين، فإنه يفهم من دليل (أن التلف قبل القبض من مال البائع) ـ ولو بمناسبة الحكم والموضوع ـ أن ضمان البائع للمبيع ليس لخصوصية البيع ؛ لأن تمامية عقد المعاوضة يقتضي التسليم والتسلم، وضمان المعاوضة لما وقعت عليه المعاوضة حتى يقبضه للآخر، فقبل حصول الفبض والإقباض لم يحصل الغرض من المعاوضة، ويبقى صاحب المال ضامناً له قبل الإقباض، فيكون الدليل بمفهومه الذي يكون ذلك بمنزلة العلة المنصوصة غير مختص بالبيع، فيعم سائر عقود المعاوضة.

وهذا بخلاف دليل خيار المجلس، فإنه ليس فيه إشعار بأن ثبوته لاقتضاء

نفس المعاوضة له حتى يعم سائر عقود المعاوضة .

وأما عدم دخوله في العقود الجائزة ، فيعرف حالها من الأولىٰ ، بل عدم دخوله فيها بالطريق الأولىٰ ، بل لا معنى لدخوله فيها ؛ لأنها من أصلها هي جائزة ، وما نسب إلى الشيخ ﷺ من ثبوت الخيار فيها ، فسيأتي من المصنف ﷺ توجيهه وإن كان بعيداً .

قوله ﷺ : بل جزم في التذكرة بأنه لا معنى للخيار فيها ... إلى آخره .

لما تقدم أنها من أصلها جائزة ، فأي معنى للخيار خيار المجلس وغيره .

قوله ﷺ : إن مراده دخول الخيارين في هذا العقد ... إلى آخره .

أي في ضمن عقد البيع بأن تكون شرطاً من باب شرط النتيجة ؛ لأن هذا الشرط يحصل بنفس حصول العقد وإنشائه ، فيتبع عقد البيع لزوماً وجوازاً ، وينفسخ بانفساخه ، ويلزم بلزومه ، وأما إذا كان العقد المشترط في ضمن عقد البيع من باب شرط الفعل ، فلا يكون تابعاً للبيع لزوماً وجوازاً ؛ لأنه عقد مستقل بإنشاء مستقل ، غاية الأمر إن تخلفه يوجب تزلزل العقد المشروط فيه لدخول خيار تخلف الشرط .

قوله ﷺ : وهو محتمل كلام الشيخ ﷺ ، فتأمل ... إلى اخره .

قيل : يحتمل أنه أشار بالأمر بالتأمل إلىٰ أن هذا المعنى المراد من الخيار لا يختص بزمان دون زمان ، وظاهر الشيخ هو الاختصاص بزمان المجلس والشرط ، فلا ينطبق على ظاهر كلام الشيخ .

مبدأ خيار المجلس من حين العقد أو من حين القبض

قوله ﷺ : مبدأ هذا الخيار من حين العقد ... إلى آخره .

لا من حين القبض ، والدليل عليه ما ذكره المصنف من ظهور الدليـل في عليّة البيع لثبوت هذا الخيار وهو قوله ﷺ : « البيّعان بالخيار » الظاهر مـنه أن الخيار يثبت للبيّع بما هو بيّع ، والبيع يصدق بمجرد حصول العقد من دون حاجة في صدقه إلى حصول التقابض .

وهذا كله لا إشكال فيه ، وإنما الإشكال في عموم هذا الحكم لبيع الصرف والسلم ؛ لعدم حصول الملك والنقل والانتقال فيهما قبل القبض ، فلا معنى للخيار قبل حصول الملك ؛ لأن معناه أو ثمرته جواز الفسخ ، وحقيقة الفسخ هـو التراد بارجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلىٰ ملك من انتقل عنه ، ولا يعقل أن يتحقق هذا المعنىٰ من دون سبق الملك والنقل والانتقال .

ولكن يجاب عنه بأن حقيقة الفسخ إنما هي إيطال الألتزام وحل العقدة ، فلا يتوقف على حصول الملك .

نعم في مورد حصول الملك لا بد أن يعتبر فيه ارجاع المال عن ملك مـن انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه ، لا أن هذا المعنىٰ مأخوذ في مفهومه ، وحينئذ يكفي في جريان خيار المجلس تحقق العقد والالتزام ليصدق عـنوان البـيع حـتى يدخل تحت عنوم : « البيّعان بالخيار » ، ولا شبهة في صدق هذا العـنوان عـلى المتعاقدين في الصرف والسلم قبل القبض .

إلّا أنه لا بد من ظهور ثمرة في جريان الخيار مع فرض عدم سبق الملك وإلّا فعدم الثمرة مما يمنع عن ثبوت الخيار للزوم لغويته ، وإن وجد المقتضي لثبوته ، وهو تحقق العقد .

فينحصر الكلام حينئذ في الصرف والسلم في ثمرة ثبوت الخيار فيهما قبل القبض ، ولا إشكال بظهور الثمرة فيه ، أمّا على القول بوجوب التقابض في المجلس فيهما فواضح ؛ لأنّه بالفسخ يبطل العـقد ، فـيرتفع وجـوب التـقابض لارتـفاع

موضوعه ، فتكون الثمرة هو عدم وجوب القبض .

وأما على القول بعدم الوجوب ، ففيه خفاء كما في المتن ؛ لأنه قبل التفرق يجوز له أن لا يقبّض المثمن أو الثمن حتى ينقضي مجلس البيع ، وبعد انقضائه وحصول التفرق بدون قبض يبطل العقد .

وعلىٰ كل حال فالبائع أو المشتري مسلط على ماله ، وليس للآخر حق فيه ، فلا حاجة إلى الفسخ ليتسلط على ماله ، إلّا أنه يمكن تصوير الثمرة بأنه مما لا شبهة فيه أنه لو بطل العقد بالفسخ قبل التفرق لا يكون القبض قابلاً لأن يكون مملكاً للثمن أو المثمن ، بخلاف ما لو كان العقد باقياً علىٰ حاله ، فتكون الثمرة من الفسخ بإجراء الخيار هو خروج القبض عن هذه القابلية ، أو خروج العقد عن قابلية لحوق القبض المملك له ، فلو شرط سقوط الخيار في ضمن العقد لا يخرج العقد عن هذه القابلية بالفسخ .

قوله ﷺ : إمّا للزوم الربا ... إلى آخره .

هذا تعليل لوجوب التقابض وجوباً تكليفياً ، وبيانه أن للزمان قسط من الثمن ، فإذا أخّر قبض أحد العوضين يلزم نقصه عن قيمته حين العقد ، فيكون أخذ العوض الآخر الذي جعل عوضاً له في العقد على وجه المساواة له زائداً عليه ، وحينئذ يكون أخذ الزائد بلا مقابل ، فيكون من الربا المحرم .

وفيه ما لا يخفىٰ أما أولاً فلأنه لا يجري ذلك فيما لو تأخر التقابض من الطرفين في الصرف إلى زمان واحد يحصل فيه التقابض منهما معاً ، وأما ثانياً فإنما يلزم الربا إذا جعل ذلك علىٰ نحو الشرط في العقد ، أمّا لو لم يكن من مقتضىٰ العقد ، فلا وجه للزومه . وأمّا ثالثاً فإن التأخير مقداراً من الزمن قبل التفرق بحسب العادة الجارية في طول مجلس البيع لا يكون له قسط من الثمن ، فإن الساعة والساعتين ، بل والنهار ممّا يتسامح فيه ، فلا يقابله ثمن حتى يلزم الربا .

قوله ﷺ : وإمّا لوجوب الوفاء بالعقد ... إلى آخره .

فإن القبض وإن كان لا تحصل الملكية إلّا به إلّا أنه ليس جزءاً من العقد ومتمماً له ، إذ العقد في نفسه تام العقديّة ، فيدخل في عموم وجوب الوفاء بالعقد ، وهذا يكون نظير وجوب الوفاء بالعقد في بيع الفضولي من جانب الأصيل المقابل للفضولي قبل الإجازة ، بناءاً علىٰ النقل ، مع أنّ الملك إنّما يحصل بعد الإجازة ، وإن كان لا يجري هذا العموم من جانب الفضولي ، وقد تقدم جه ذلك في باب بيع الفضولي من أنّ عموم وجوب الوفاء عموم انحلاليّ ، واستفادة هذا الوجوب التكليفي لا يفرق فيه بين القول بانتزاع الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية أو بالعكس .

أمّا على الأول فواضح ؛ لأن المدلول المطابقي لـ ﴿ **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾ هو الحكم التكليفي ، وينتزع منه الحكم الوضعي ، وأمّا على الثاني فكذلك ، غاية الأمر يكون المدلول المطابقي هو الحكم الوضعي ، وينتزع منه الحكم التكليفي على العكس من الأول .

قوله ﷺ : وممّا ذكرنا يظهر الوجه في كون ... إلى آخره .

لأنّه لا أثر لخيار المالكين في بيع الفضوليين قبل إجازتها لبقاء سلطنة كلّ منهما علىٰ ملكه ، وعدم حق للآخر فيه ثبت الخيار أو لم يثبت .

وقد يقال : إنّه يكفي في ثبوت الأثر هو خروج العقد بالفسخ عن قابليته للحوق الإجازة كما كان الأمر في الصرف والسلم ، بناءاً علىٰ عدم وجوب التقابض ، فما الفرق بينهما ؟

ولكن التحقيق فساد القول بالاكتفاء بظهور أي أثر كان ، فالجواب الذي ذكر في الصرف والسلم لا يجري هنا ، كما أن التعليل بعدم ظهور الثمرة في محل البحث من قبيل الأكل من القفا ، والسر في ذلك أن المالك قبل الإجازة لم يستند

إليه البيع ولم يحصل منه الالتزام ، فلا يصدق عليه البيع حتىٰ يدخل تحت عموم «البيعان بالخيار» ، فلا معنى لثبوت الخيار للمالكين من مبدأ العقد ، والمفروض أنهما لم يصدر منهما بيع ولم يستند إليهما ، فلا مقتضي لثبوت الخيار ، فلا تصل النوبة إلى التعليل بعدم ظهور الثمرة ؛ لأن هذا من باب بيان المانع ، وقد عرفت أن المقتضي مفقود ، والتعليل بالمانع إنما يصح بعد فرض وجود المقتضي ؛ لأن المعلول إنما يستند إلى أسبق العلل .

نعم بناءاً علىٰ الكشف تكشف الاجازة عن استناد البيع إلى المالك من حين العقد ، فهو يقع من ذلك الوقت .

ولكن فيه ما لا يخفىٰ ، فإنه وإن تكشف الإجازة عن حصول الملكية من حين العقد ، وتترتب عليها آثارها من ذلك الحين ، إلّا أن من يقول بالكشف يقول بتحقق ما هو من الأمور الاعتبارية لا التكوينية ، وصدق عنوان البيع أمر حقيقي واقعي ليس من الأمور الاعتبارية ، كنفس الإجازة ، فكما أن الإجازة لا معنى لفرضها متقدمة أو اعتبارها كذلك بناءاً على الكشف ، بل الفرض أنها متأخرة وجوداً ، فكذلك الالتزام الحاصل بها من المجيز وصدق عنوان البيّع ، فإن المفروض حدوث ذلك بنفس الاجازة ، ولذا إن المصنف ﷺ احتمل ثبوت الخيار ، بناءاً على الكشف من حين العقد احتمالاً .

ثم إن المصنف قيد الفضولية بما إذا كانت من الجانبين ، أمّا لو كانت من جانب واحد ، فالاحتمالات ثلاثة :

ثبوت الخيار للمالكين من حين العقد . وثبوته لهما من حين الإجازة ، والتفصيل ، فيثبت من حين العقد لطرف الفضولي ، ومن حين الإجازة لأصيل الفضولي المجيز .

ولا وجه للأول ؛ لما سمعت من أن المالك الأصيل قبل الإجازة لا يصدق

عليه عنوان البيّع ، فيبقى الوجهان الآخران ، ومنشؤهما أنّ ثبوت الخيار للبيّعين علىٰ وجه التلازم والمعية ، كما ربما يستشعر من قوله : « البيعان بالخيار » أو لا ؟ والأوجه هو الثاني ، ولو بقرينة ما دل على سقوط خيار أحد البيّعين وبقاء خيار الآخر إما لتصرفٍ أو اشتراط سقوطه في ضمن العقد فليس المقصود من قوله ﷺ : « البيّعان بالخيار » إلّا العموم الأفرادي ، ولا بأس بثبوت الخيار لخصوص المالك المقابل للفضولي من مبدأ العقد ؛ لصدق عنوان البيّع ، وإن لم تحصل الملكية ؛ لأن العقد من جانبه تام ، ولذا يدخل في عموم وجوب الوفاء بالعقد كما أشرنا إليه قريباً .

سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه

قوله ﷺ : لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه ... إلى آخره .

لا بأس من تقديم مقدمات لشرح المقام .

الأولىٰ : إنه لا يعقل تحقق الإسقاط إلّا بعد فرض تحقق موضوعه ووجوده حين الإسقاط ؛ لأن الاسقاط هو إبطال ما وجب ، فلا يتصور إسقاط ما لم يجب ، وإن كان يجب ويثبت فيما بعد ، إذ لا معنى لإسقاط المعدوم ، إذ المعدوم معدوم بذاته كما أن الإسقاط أمر إيقاعي ، والايقاع كما حقق في محله لا يقبل التعليق ، فلا يصح أيضاً إسقاط ما لم يجب معلقاً علىٰ وجوده .

والحاصل أنه لا بدّ من أن يكون المسقَط مفروض الوجود والتحقق .

الثانية : إن الشروط في العقد علىٰ ثلاثة أقسام :

شرط مخالف لكتاب الله تعالىٰ ولسنة نبيه ﷺ .

وشرط مخالف لمقتضى العقد أي مخالف لحقيقة العقد .

وشرط مخالف لإطلاق العقد .

فالأول كاشتراط شرب الخمر وقطع الصلاة في ضمن العقد .

والثاني كاشتراط البيع بلا ثمن ، فإن حقيقة البيع هو المبادلة والمعاوضة ، وبفرضه بلا ثمن خروج عن حقيقته .

والثالث كاشتراط نقد بلد خاص أو تأجيل الثمن أو المثمن إلىٰ غير ذلك مما ينافي إطلاق العقد ، فإن العقد لو خلي وطبعه بمقتضى إطلاقه ينصرف إلى نقد بلد المتبايعين ، وتعجيل الثمن والمثمن وهكذا .

ولا شبهة في بطلان الشرطين الأولين وصحة الثالث ، أما الأول فلدلالة الروايات علىٰ ذلك كما سيأتي في محله ، وأما الثاني فلأنه يلزم من صحته عدمه ، وهو محال ؛ وذلك لأنه لو صح لما تحققت حقيقة العقد فيبطل العقد وببطلان العقد يبطل الشرط الواقع في ضمنه التابع له ، وأما صحة الثالث فواضحة ؛ لأن كون العقد يقتضي بإطلاقه ذلك لا ينافي تقييده بما يرفع معه ذلك الإطلاق .

الثالثة : في المراد من مخالفة الكتاب والسنة وموافقتهما ، فإنا نرى أن اشتراط عدم التسري في عقد النكاح محكوم بالبطلان ، مع أن التسري من الأمور المباحة ، كاشتراط عدم شرب الماء في زمان محدود لا يوجب الضرر ، فيخيل لنا أن المناط في مخالفة الكتاب والسنة يعم الالتزام بالامتناع عن الأمور المباحة ، كما نستظهر ذلك من قوله ﷺ : « فإن المسلمين عند شروطهم إلّا شرطاً حرّم حلالاً ، أو أحلّ حراماً »[1] .

ومع ذلك نشكك في ذلك لما نرىٰ صحة اشتراط عدم شرب الماء في وقت محدود إذا كان له غرض عقلائي ، ونزيد تشكيكاً لما نرىٰ في مورد آخر أن

---

١ ـ الوسائل ٢١ : ٣٠٠ حديث ٤ من الباب ٤٠ من أبواب المهور .

الإمام عليه السلام يحكم بصحة الشرط ، وهو مخالف للكتاب والسنة بهذا المعنىٰ ، كما ورد في بعض الروايات : « في رجل حر له أب مملوك وتحته زوجة مملوكة مكاتبة ، قد أدّت بعض ما عليها ، وقد اشترط الرجل الحر على الأمة زوجة أبيه أن ليس لها خيار فسخ عقد نكاح أبيه إذا ملكت نفسها ، على أن يعطيها باقي مال المكاتبة ، فقال عليه السلام : لا يكون لها الخيار : المسلمون عند شروطهم »[1].

مع أن هذا الشرط مخالف للدليل الدال على أن الأمة المزوجة بعبد لو صارت حرة يكون لها خيار فسخ عقد النكاح ، وقد ذكر المصنف قدس سره فيما سيأتي ضابطة لذلك في بحث الشروط حاصلها :

(ان دليل حلية الشيء المشترط أو حرمته ، تارة يكون معارضاً لدليل وجوب الوفاء بالشرط ، وأخرىٰ لا يعارضه ، فالأول فيما إذا دل ذلك الدليل على عدم ارتفاع الحكم أبداً حتى مع الاشتراط ، فالشرط في هذا القسم على تقدير صحته يكون مغيراً للحكم الشرعي .

والثاني فيما إذا لم يدل الدليل على هذا العموم للحكم ، بل إنما يثبت الحكم للموضوع من حيث نفسه مجرداً عن ملاحظة عنوان طار عليه ، ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم ، وبين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع ، وفي هذا القسم على تقدير صحة الشرط يكون مغيراً لموضوعه ، فلا يكون محرماً للحلال) .

ثم جعل قدس سره المحرمات والواجبات من القسم الأول ، واستظهر أن المباحات التكليفية والوضعية جميعاً من القسم الثاني ، إلّا ما دل الدليل بخصوصه على عدم صحة اشتراط تركه في ضمن العقد ، كالتسري ، ومجامعة الزوج لزوجته ، ومن هنا استشكل في كون هذا ضابطة يرجع إليه في الأمور المباحة ، مع أن ظاهر الروايات

---

١ ـ راجع الوسائل ٢٣ : ١٥٥ حديث ١ من الباب ١١ من أبواب المكاتبة . (باختلاف لا يغيّر المضمون) .

أن استثناء الشرط الفاسد ووصفه بأنه ما حرم حلالاً أو أحل حراماً هو ضابط ومعيار يرجع إليه .

وعلى ما ذكره ﷺ لا بد من النص الخاص علىٰ عدم صحة الشرط في المباحات ، وأنت خبير أيضاً أن بعض المحرمات والواجبات أيضاً مما يمكن أن يتغير حكمه بملاحظة عنوان طار عليه ، فيكون من القسم الثاني كما لو توقف حفظ النفس علىٰ شرب الخمر ، أو كانت التقية في ترك الصوم الواجب ، وهكذا.

ولكن قد نقل لنا مشافهة عن بعض أجلّة مشايخنا دام ظله العالي ضابطة في المقام تنحسر بها كل شبهة ، حاصلها : أن الأحكام علىٰ قسمين ، تكليفية ووضعية، ثم التكليفية اقتضائية وتخييرية ، والمراد بالاقتضائية الوجوب والحرمة، ثم الوضعية إما حق كحق الشفعة والخيار ، أو صرف حكم كالحكم بإرث الزوجة الدائمة وعدم إرث المنقطعة ، فهذه أقسام أربعة :

الأول : الحكم التكليفي الاقتضائي ، والشرط في العقد تارة يكون عدم هذا الحكم بأن يشترط عدم وجوب الشيء أو عدم حرمته ، وأخرىٰ يكون عدم المحكوم بالوجوب أو فعل المحكوم بالحرمة ، وكل من القسمين يعدّ مخالفاً للشريعة بغير شبهة ، وتزيد الصورة الأولىٰ أنه غير مقدور ؛ لأن الوجوب والحرمة ليسا من أفعال العبد ومقدرواته ، ومن الضروري أن شرط نفوذ الشرط مقدوريته للمشترط عليه ، وإلّا يقع لاغياً .

الثاني : الحكم التكليفي التخييري ، والصورتان في القسم الأول جاريتان هنا ، فيشترط تارة عدم إباحة الشيء ، أو عدم كراهته ، أو عدم استحبابه ، وأخرى يشترط فعل الشيء المباح أو المستحب أو المكروه ، أو عدمه ، فالصورة الأولىٰ كالصورة في القسم الأول من جهة المخالفة للشريعة ، ومن جهة كون المشروط غير مقدور بخلاف الصورة الثانية ، فلا بأس في القول بصحة الشرط هنا

لعدم لزوم المخالفة للشريعة ؛ لأن الشارع قد أجاز ترك ذلك الشيء وفعله، فللمكلف أن يلزم نفسه بأحدهما الترك أو الفعل ؛ لأنه ليس ذلك تصرفاً في نفس الحكم ، وإنما هو تصرف في متعلق الحكم المأذون فيه من قبل الشارع ، فكيف يكون مخالفاً للشريعة ؟

نعم لو آل الالتزام بالترك أو الفعل إلى التصرف في نفس الحكم أيضاً لكان مخالفاً للشريعة كما إذا التزم بالترك أو الفعل إلى آخر العمر ومدى الزمان ، فإن هذا في حكم اشتراط عدم إباحته أو استحبابه أو كراهته ، ومن هذا الباب لعله تعد مسألة اشتراط عدم التسري وعدم التزويج على الزوجة وعدم هجرها .

الثالث : الحكم الوضعي إذا كان حقاً ، والصورتان في القسمين الأولين جاريتان ، والشرط على كل منها صحيح نافذ ؛ لأن الحق ملكية ضعيفة كما تقدم ، فصاحبه مسلط عليه ، فيجوز له اشتراط عدمه بمعنى إسقاطه أو نقله إلى آخر ، ولا يعد مخالفاً للشريعة ، كما يجوز له اشتراط عدم الفعل الذي يقتضيه الحق كاشتراط عدم الفسخ ، ولا مخالفة فيه للشريعة لوضوح أنه أمر اعتبره الشارع لصاحبه توسعاً عليه ومنّة ، وجعل له القدرة عليه ، فله أن يعمله ، وله أن لا يعمله ، وله أن يسقطه ، وله أن لا يسقطه ، فهو حقه ، ولا أوضح عن عبارة أنه حقه .

نعم لو دل دليل خاص على عدم سقوط حق معين بالإسقاط ، أو عدم صحة نقله ، أو عدم جواز الالتزام بعدم الفسخ ، فذلك أمر آخر ، والكلام في أن القاعدة في نفس الشيء ماذا تقتضي .

الرابع : الحكم الوضعي إذا كان حكماً صرفاً ، ولا يصح فيه الشرط مطلقاً ، سواء كان اشتراط عدم الحكم أو عدم متعلقه ، كأن يشترط عدم إعطاء الزوجة من إرثها ، إذ ليس للمكلف نفوذ وسلطنة أصلاً في مثله ، فلو اشترط بما ينافي حكم الشارع كان مخالفاً للشريعة ، ومن هذا الباب اشتراط ولاء الأجنبي غير المعتق ،

كما في النبوي الآتي في محله .

فاتضح من هذه الضابطة أنّ مثل الخيارات ليس شرط اسقاطها من الشروط المخالفة للشريعة ؛ لأنها من الحقوق .

الرابعة : إنه لا شك أن دليل : « المؤمنون عند شروطهم »[1] بعد فرض إخراج الشرط المخالف للشريعة وما ينافي مقتضى العقد ، وغير ذلك مما أخرج، ليس نسبته إلى سائر الأدلة نسبة المتعارضين حتى يلتمس الترجيح ، كما ربما يقع في كلمات بعض ، بل المحقق عند أهله أن نسبته إليها نسبة الحاكم إلى المحكوم ، كنسبة دليل وجوب الوفاء بالنذر والعهد إلى سائر الأدلة ؛ لأن لسان أدلة الواقعيات ثبوت الحكم للشيء بعنوانه الأولي بما هو كذلك ، بلا نظر فيها إلى حال الطوارئ والعوارض .

ولسان هذه الأدلة ـ أعني دليل وجوب الوفاء بالشرط والنذر والعهد واليمين ـ ثبوت الحكم للشيء بعنوانه الطارئ من نذره ويمينه واشتراطه ، ولا منافاة قطعاً بين أن يكون الشيء بعنوانه الأولي محكوماً بحكم ، وبعنوانه الثاني له حكم آخر ، مثلاً السفر في حدّ نفسه مباح ، ولكنه بعنوان عصيان الوالدين أو الاضرار بالنفس يكون محرماً ، وقد يكون واجباً إذا كان مقدمة للجهاد الواجب.

فدليل حرمة معصية الوالدين في غير الواجب والحرام لا يعارض دليل إباحة الشيء في حد نفسه وبعنوانه الأولي .

وهكذا حال دليل الشروط ، فإنه دال على وجوب الوفاء بالشرط ، وفعل ما وقع عليه الاشتراط بعنوان أنه كذلك ، بحيث لولا هذا العنوان لما وجب الوفاء به ، فلا ينافيه أنه بعنوانه الأولي مع قطع النظر عن طوارئه وعناوينه الثانوية أن له هذا الحكم الكذائي ؛ لأنه بطرو العنوان الثانوي يخرج عن موضوع الحكم الأول

---

١ ـ انظر الوسائل ٢١ : ٢٧٦ حديث ٤ من الباب ٢٠ من أبواب المهور .

الثابت له بذلك العنوان الأولي ، إذ ليس بحسب الفرض في دليل الحكم الأول عموم يشمل جميع طوارئ الموضوع وحالاته السابقة واللاحقة .

نعم لو فرض أن دليل حكم العنوان الأولي ناظر إلى جهة طوارئه على وجه كان عامّاً لحالاته اللاحقة وعناوينه[1] الثانوية ، لا محالة يكون دليل حكم العنوان الثانوي معارضاً له ، لا حاكماً ، وهذا ما يسمىٰ في لسان البعض بالعلة التامة للحكم .

إذا عرفت ما ذكرناه من المقدمات يتضح لك الحال في محل الكلام ، وهو سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه في ضمن العقد تمسكاً بعموم : « المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم » ، إذ ليس ذلك مخالفاً للشريعة باعتبار ما ذكرناه من الضابطة التي نقلناها ؛ لأن الخيار حق مالكي ، كما أنه ليس مخالفاً لمقتضى العقد ، بل إنما يكون مخالفاً لإطلاق العقد ، ضرورة أنه ليس حقيقة المبادلة والمعاوضة تقتضي ثبوت الخيار . على أنه لا يقتضيه إطلاق العقد أيضاً ، وإنما ثبت بدليله في فرض ثبوت العقد ودليل الشروط حاكم عليه لا معارض له ، كما عرفت في المقدمة الأخيرة ، فيقدم عليه .

ولعله إلىٰ هذا يرجع مرام المصنف ﷺ فيما سيأتي من الجواب عن الإشكال الثاني ، وإلّا فلا يخفىٰ ما فيه من المسامحة بعد ما عرفت من ضابطة الشرط المخالف لمقتضى العقد .

فاتضح أن الحق هو سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد بمقتضىٰ القاعدة تمسكاً بدليل الشروط ، مضافاً إلى الإجماع المنقول .

نعم يبق الإشكالان اللذان ذكرهما المصنف ﷺ ، وهما أن ذلك إسقاط ما لم يجب ، والثاني لزوم الدور ، وسيأتي الكلام فيهما .

---

١ ـ في الأصل : وعنوانيه .

والمتحصل من الإشكالات في المقام ـ التي ذكرها ، وأجاب عنها في المتن ـ خمسة :

ـ معارضة دليل الشروط لدليل الخيار .

ـ ومخالفة الشرط للكتاب .

ـ ومخالفته لمقتضى العقد .

ـ وإسقاط ما لم يجب .

ـ ولزوم الدور .

تقدم الجواب عن الثلاثة الأولىٰ وبقي الأخيران .

قوله ﷺ : والرواية محمولة بقرينة الإجماع ... إلى آخره .

لأن الرواية بظاهرها أنها واردة في شرط ابتدائي ؛ لأن إعانتها في المكاتبة ليست عقداً من العقود ، فلا بد من تأويلها وحملها على مورد الاشتراط في ضمن عقد لازم ، أو حملها لا على صورة الاشتراط ، بل على المصالحة على إسقاط خيارها المتحقق سببه بالمكاتبة بأن يعينها في إتمام مال المكاتبة ، فيكون ذلك صلحاً لا اشتراطاً ، إلّا أنّه يبعد الاحتمال الأخير تطبيق الإمام ؈ عموم : «المسلمون عند شروطهم»[1] علىٰ المورد ، وعلىٰ كل حال ، فهو تأويل .

قوله ﷺ : بذلك المال .

متعلق بالمصالحة لا بالمكاتبة .

قوله ﷺ : أما الأول ، فلأن الخارج ... إلى آخره .

بيانه أنه ليس هناك دليل على أن لزوم الشرط متوقف علىٰ لزوم العقد ، حتى يلزم الدور ، بل نحن وعموم : « المسلمون عند شروطهم » خرجت عنه الشروط الابتدائية للاجماع ، ولأنها وعد .

---

١ ـ الوسائل ٢٣ : ١٥٥ حديث ١ من الباب ١١ من أبواب المكاتبة .

وخرجت الشروط في العقود الجائزة بالذات أو بالخيار ، مع بقائها على الجواز لدليل العقل ، وهو استحالة الجمع بين لزوم الشروط وجواز العقد ، وبقي الباقي داخلاً تحت العموم وليس المورد من الشروط الابتدائية ، ولا مما يحكم العقل باستحالة لزومه ؛ لأن المفروض أن العقد لم يثبت له الجواز بعد ، وثبوت لزوم هذا الشرط ـ وهو إسقاط الخيار ـ إنما هو بعموم دليل الشروط لا من جهة لزوم العقد حتى يلزم الدور . ولا حاجة إلى فرض لزوم العقد ، بل كون العقد لم يستقر له الجواز كاف في جواز التمسك بعموم دليل الشروط المثبت للزومه .

والحاصل أن المهم بيانه هنا أن المخصص العقلي وهو استحالة انفكاك الشرط عن المشروط في اللزوم والجواز غير جار في المقام ، فيتمسك حينئذ بعموم دليل الشروط لإثبات لزوم هذا الشرط الذي هو نفس مؤدّاه لزوم العقد ، وهو الذي اهتم المصنف ﷺ لبيانه .

فينبغي أولاً بيان وجه الاستحالة ، ثم بيان عدم جريانها في المقام .

أما وجه الاستحالة فهو أن الشرط في ضمن العقد غير مستقل بالالتزام به ، وإنما كان الالتزام به يتبع الالتزام بالعقد كما هو واضح ، وبهذا يفرق بين الشرط الابتدائي والشرط في ضمن العقد .

فالشرط في ضمن العقد التزام في التزام ، على نحو الترتب علىٰ ذلك الالتزام. فلو كان العقد جائزاً والشرط لازماً للزم مع فسخ ذلك العقد بقاء الشرط على حاله ، والمفروض أنه تابع لثبوت العقد كالمعلول إلى علته أو المحمول إلى موضوعه ، ويستحيل وجود المعلول بدون العلة ، أو المحمول بدون الموضوع ، ويلزم الخلف أيضاً ؛ وذلك لأن ما فرضناه تابعاً لا يكون تابعاً ، أو ما فرضنا شرطاً في ضمن العقد لا يكون شرطاً في ضمن العقد .

وأما وجه عدم جريان هذا الوجه العقلي في الاستحالة في اشتراط سقوط

الخيار في ضمن العقد . فهو أن نفس مؤدىٰ اشتراط سقوط الخيار هو لزوم العقد ، فلا يعقل فرض جواز العقد مع فرض لزوم هـذا الشرط ، وإلّا لزم الجـمع بـين المتنافيين ، وهو فرض لزوم العقد وجوازه في آن واحد ، ففرض لزوم هذا الشرط لا محالة يستلزم فرض لزوم العقد ، بل هو عينه ، فلا يمكن فرض جواز العقد في فرض لزومه حتى يلزم التفكيك بين التابع والمتبوع .

فإن قلت : إن الجواز ثابت بدليل الخيار ، فالعقد يقتضي الجواز ، فهو بنفسه مفروض الجواز ، وعليه فيستحيل هذا الاشتراط ؛ لأن عين هذا الاشتراط فرض لزوم العقد ، وذلك جمع بين المتنافيين .

قلت : إن دليل الخيار محكوم بدليل الشروط ، فجريان دليل الخيار متوقف على عدم جريان دليل الشروط ، فلو كان عدم جريان دليل الشروط مستنداً إلىٰ ثبوت الجواز بدليل الخيار لزم[1] الدور ، فلا بد أن يتكلم في شمول دليل الشروط مع قطع النظر عن ثبوت الجواز بدليل الخيار ، ومع قطع النظر عن ذلك ، فليس من العاقد إلّا الالتزام بلزوم العقد ، فأين التفكيك ؟! وحينئذ يدخل في عموم دليل الشروط بلا مانع عقلي ، وإنما يفرض المانع العقلي فيما إذا لم يجر دليل الشروط ، حيث إنه حينئذ يثبت الجواز بجريان دليل الخيار ، فكيف يعقل أن يكـون ذلك المانع العقلي موجباً لعدم جريان دليل الشروط ؟! وهل هو إلّا دور واضح ؟!

قوله ﷺ : وأما الثاني فلأن الخيار حق للمتبايعين ... إلى آخره .

قد عرفت معنى الشرط المخالف لمقتضىٰ العقد ، فلا ينطبق علىٰ ما نحن فيه ، ضرورة أن نفس حقيقة المبادلة والمعاوضة لا يقتضي ثبوت الخيار ، بل على الضد من ذلك ، وإنما كان الخيار ثابتاً بدليله مرتباً على العقد ، وهذا هو معنى اقـتضاء العقد له ، ولا شك أن دليل الشروط ـ كما سبق ـ حاكم عليه ، فكيف يـعقل أن

---

١ ـ في الأصل : لزوم .

يكون ذلك مانعاً عن جريان دليل الشروط ؟!

نعم لو كان دليل الخيار عاماً ناظراً إلى صور الطوارئ اللاحقة من إسقاط واشتراط للسقوط ، وأمثاله لكان معارضاً لدليل الشروط ، وهذا معنى كون العقد علة تامة لثبوت الخيار ، ولكن ليس في دليل الخيار هذا العموم واللحاظ ، وإنما أثبت الخيار للبيع بما هو بيع بهذا العنوان الأولي .

ومن هذا التقرير تعرف مواقع النظر في المتن وإن كان ليس من البعيد أنه أراد ما ذكرنا ، إلّا أن في عبارته من المسامحات ما لا يخفى .

منها : إن ظاهر عبارته تسليم أن هذا الشرط من الشروط المنافية لمقتضى العقد ، وقد عرفت ما فيه ، فكان ينبغي أن يمنع كونه من منافيات مقتضى العقد بالمعنى المعروف ، ثم يتكلم في مقدار دلالة دليل الشرط ، هل علىٰ نحو العلة التامة أو المقتضي .

ومنها : قوله وإن كان له ظهور في العلية التامة ، إلّا أن المتبادر من إطلاقه إلى آخره ، فإنه إن كان المراد من العلية التامة أن العقد بعنوانه الأولي علة تامة مع قطع النظر عن عنوان آخر طارئ عليه لاحق له ، فكل موضوع بالنسبة إلى حكمه علية تامة بهذا المعنىٰ ، ولا ينافيه حكومة دليل آخر عليه لطرو عنوان ثانوي ، فلا يحتاج إلى دعوى الظهور ، ولا للاستدراك بأن المتبادر هو صورة خلوه عن الشرط ، فإنه سواء تبادر هذه الصورة أو لا ، فإن ثبوت الحكم للشيء بعنوانه الأولي مع قطع النظر عن غيره علة تامة للحكم ، ولا ينافي ارتفاعه بطرو عنوان آخر .

وبعبارة أخرىٰ يكفي فيه أن يفهم أنه مأخوذ لا بشرط ولا يلزم تبادر أنه مأخوذ بشرط لا ، علىٰ أن هذا التبادر ممنوع أشد المنع .

وإن كان المراد من العلية التامة أنه علة تامة حتىٰ مع ملاحظة طرو عنوان

ثانوي ، فليس ذلك ظاهر من قوله : « البيّعان بالخيار » على أنه يكون متهافتاً مع ما ادّعاه من التبادر ، فالظاهر أنه أراد المعنى الأول ، وقد عرفت ما فيه .

ومنها : قوله : مع أن مقتضى الجمع بينه وبين ... إلى آخره ، فإن استفادة كونه مقتضياً للخيار ، لا بد أن يكون قبل الجمع بينه وبين دليل الشروط ، وإلا لما أمكن الجمع ، إذ لا يكون حينئذ حاكماً ، ضرورة توقف كونه حاكماً على دليله على أن لا يكون المستفاد منه أنه علة تامة للخيار بالمعنى الثاني من العلية التامة .

قوله ﷺ : ففائدة الإسقاط إبطال المقتضي ... إلى آخره .

لأن دليل الخيار كما تقدم من المصنف مخصوص بما إذا كان العقد خالياً عن الاشتراط ؛ لأنه المتبادر ، فإذا اشترط السقوط لا يثبت الخيار ، لعدم تحقق موضوعه ، فلا يكون ذلك الاشتراط إسقاط حقيقة ، حتى يقال : كيف يعقل إسقاط ما لم يجب ؟! بل يكون ذلك الاشتراط موجباً لخروج العقد عن موضوع دليل الخيار ، فلا يثبت الخيار .

وأما كون ذلك ليس اسقاطاً ، فلأن حقيقة الإسقاط هو إعدام الشيء بعد وجوده ، فلو فرض أن دليل الخيار عاماً لصورتي الاشتراط وعدمه ، فلا ينفع اشتراط الإسقاط في تحقق الإسقاط ؛ لأن المفروض أنه قبل وجوده لا يمكن إسقاطه ، وليس حينئذ يكون الدليل مخصوصاً بخصوص عدم الاشتراط حتى لا يثبت الخيار لعدم ثبوت موضوعه .

ولكن قد عرفت أن دعوى هذا التبادر ممنوعة ، فالتحقيق في رفع الإشكال أن إسقاط ما لم يجب وإن كان ممتنعاً ، ولكن يكفي في تحقق حقيقة الإسقاط ثبوت الشيء ولو بوجود مقتضيه ؛ لأن وجود المقتضي هو وجود المقتضَىٰ ـ بالفتح ـ بالعرض ، ولا يحتاج إلى وجوده الخاص به ، بل وجوده بوجود مقتضيه أقوى من وجوده الخاص به ، كما حقق في محله ، على أن حقيقة اشتراط السقوط في المقام ـ

كما سيأتي ـ هو اشتراط عدم الخيار وإن عبر عنه بالسقوط ، فلا يكون إسقاطاً لما لم يجب ، بل اشتراط عدم الشيء قبل تحققه .

قوله ﷺ : وقد يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث ومن سابقه... إلى آخره .

أمّا دفع الإشكال الثالث ، فاستئناسه من هذه الرواية واضح ؛ لأن خيار الأمة في فسخ عقد نكاح زوجها العبد إنما يثبت لها إذا ملكت نفسها ، وهذا متأخر عن المعاملة المذكورة وهي اعانتها في مكاتبتها ، فاشتراط عدمه قبل حدوث زمانه إسقاط لما لم يجب ، ولكن دفع الوجه الثاني لا نرىٰ له وجهاً في هذه الرواية ؛ لأن خيار الأمة لا ربط له بهذه المعاملة التي اشترط فيها عدم هذا الخيار ، ضرورة أن الخيار من لوازم ملكها لنفسها ، فلا يمكن تصوير كونه من مقتضيات هذه المعاملة التي اشترط فيها عدمه بأي معنى من المقتضي مهما توسعنا في معناه ، وعلى كل حال لا حاجة إلى هذا الاستئناس بعد وضوح المسألة .

في الوجوه التي يتصور وقوع شرط الإسقاط عليها

قوله ﷺ : أحدها : أن يشترط عدم الخيار ... إلى آخره .

وهذا من باب شرط النتيجة ، فيكون نفس الاشتراط إعداماً للخيار وإسقاطاً له ، وبعبارة أخرى : نفس الاشتراط يكون حصولاً للمشروط ، ولذا أنه لا يتصور فيه تخلف الشرط ، إذ ليس للمشروط وجود آخر غير وجود نفس الاشتراط ، وهذا الوجه هو موضوع الكلام المتقدم من حيث التمسك بدليل الشروط ، وكونه إسقاطاً لما لم يجب إلى غير ذلك .

قوله ﷺ : الثاني : أن يشترط عدم الفسخ ... إلى آخره .

وهذا الوجه من باب شرط الفعل كالوجه الآتي ، لا النتيجة ، والمشترط كما يصح أن يكون فعلاً يصح أن يكون تركاً ، والدليل عليه هو عموم : « المؤمنون عند شروطهم »[1] ولا مانع من التمسك به كالوجه السابق ، بل هو أولىٰ منه لعدم جريان بعض الاشكالات فيه .

وعلىٰ كل ، فهذا الوجه يتصور فيه تخلف الشرط كالوجه الثالث الآتي ، إلّا أنه هنا يستشكل في ثبوت فائدة تخلف الشرط ؛ لأن فائدته هو ثبوت الخيار المسمىٰ بخيار تخلف الشرط ، وإذا لم يلتزم الطرف الثاني بالشرط ففسخ العقد ، وقلنا بنفوذ فسخه لا مجال لثبوت خيار المشترط بعد انفساخ البيع .

وعلىٰ تقدير ثبوت الخيار له فرضاً ، فغايته من الخيار هو الفسخ ، وقد حصل ، وأما لو قلنا بعدم نفوذ الفسخ ، فلا يتصور حينئذ تخلف الشرط ؛ لأن الشرط في الحقيقة هو عدم حصول حقيقة الفسخ منه ، وأما صرف القصد أو النطق، فليس مشروط العدم ، فالعمدة في الكلام هنا هو البحث عن أن الفسخ نافذ بعد اشتراط عدمه أم لا ؟

قوّى المصنف ﷺ عدم نفوذه ، وهو الأقوىٰ ؛ لأن نفوذ الفسخ منه يتوقف علىٰ سلطنته عليه ، ومقتضى وجوب الوفاء بالشرط عدم جواز فسخه ، وعدم سلطنته عليه ، ولا مجال للتمسك بعموم دليل الخيار ، لحكومة دليل الشروط عليه المستلزم لسلب سلطنة ذي الخيار علىٰ الفسخ .

وأمّا دعوى أن الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ ، فظاهرة البطلان ؛ لأنّا لا نقول بفساده من جهة صرف الالتزام بتركه ، بل لكونه وقع شرطاً في ضمن العقد ، والوفاء واجب بمقتضىٰ عموم وجوب الوفاء بالشرط ، فلا يكون مسلطاً عليه شرعاً ، فكيف يصح منه ؟!

---

١ ـ انظر الوسائل ٢١ : ٢٧٦ حديث ٤ من الباب ٢٠ من أبواب المهور .

وعلى الأقل إنا نشك في سلطنته علىٰ الفسخ ، وهذا كاف في عدم صحة فسخه ؛ للرجوع حينئذ إلى أصالة اللزوم ، وهكذا الكلام في منذور الصدقة ، فإنه لا يصح بيعه لعدم السلطنة شرعاً علىٰ نقله ، وشرط البيع سلطنة البائع علىٰ المبيع .

قوله ﷺ : والأولىٰ بناءاً على القول بعدم تأثير الفسخ ... إلى آخره .

إشتراط إسقاط الخيار يتصور علىٰ نحوين ، تارة على نحو يكون مؤقتاً إلىٰ وقت معلوم ، وأخرى إلى وقت [غير] معلوم فان كان الأول ، فلا شبهة بثبوت الخيار للمشترط له فيما إذا مضى الوقت ولم يسقط المشترط خياره ، سواء كان الفسخ مؤثراً أم لا ؛ لأنه بمضي زمن الاشتراط يتحقق تخلف الشرط حقيقة ، ولا يجب بعد ذلك الوفاء بالشرط ، فلا يكون مانع عن تأثير الفسخ .

وإن كان الثاني ، فالكلام واضح مع القول بعدم تأثير الفسخ ، كما أفاده في المتن ، ومع القول بتأثير الفسخ ، فلا وجه أيضاً لثبوت الخيار ؛ لأنه لا يتصور تخلف الشرط ما لم يمض زمن الاشتراط ، والمفروض أن زمن الاشتراط غير محدد بحد ، إلّا إذا كان تأخيره يعد تساهلاً وتسامحاً بالشرط ، فيكون تخلفاً عرفاً .

وأمّا ما أفاده في المتن من أنه قد يموت ذو الخيار وينتقل إلى وارثه ، فلا ينفع ؛ لأن انتقاله إلى وارثه لا بد أن يكون علىٰ ما هو عليه من الثبوت له ؛ فكما أنه يجب الوفاء عليه بالشرط ، كذلك يجب على وارثه الوفاء به .

ثم إن هذا الكلام كله لا يجري في خيار المجلس خاصة ؛ لأنّه مؤقت بانقضاء المجلس ، فإذا انقضىٰ المجلس ولم يسقط الخيار لا مجال لثبوت خيار تخلف الشرط للمشترط له ؛ لأن الغرض من هذا الشرط هو لزوم العقد وعدم تزلزله ، ويحصل ذلك بانقضاء المجلس .

نعم لو كان الشرط مؤقتاً بوقت قبل انقضاء المجلس بزمان ثم لم يسقط حتى انقضى ذلك الوقت وبعد لم ينفض المجلس ، فلا بد من القول بثبوت خيار تخلف

الشرط على نحو[1] ما قلناه سابقاً، فتدبر .

قوله ﷺ : قوله التبايع على ذلك الشرط إن كـان بـالإشارة ... إلى آخره.

لا يخفىٰ أن المدار في الشرط الابتدائي أن يكون التزاماً مستقلاً، أما إذا كان التزاماً في نفس العقد فهو شرط في ضمن العقد، سواء كان الدال عليه لفظاً صريحاً أو إشارة إلى سابق بحيث يكون السابق كالتمهيد، فـتفضي تـلك الإشـارة عـن التصريح، أو يكون ذلك الشرط مما تبانىٰ عليه العقلاء والعرف في معاملاتهم بحيث يكون ذلك التباني مغنياً عن ذكره تصريحاً أو إشارة كاشتراط المساواة بين الثمن والمثمن والقبض والإقباض، واشتماله علىٰ وصف الصحة .

والحاصل أن كل شرط كان مدلولاً عليه في العقد بأي دلالة كانت فهو من الشروط في ضمن العقد، وإلّا فمجرد القصد والنية لا يجعله من الشروط المذكورة في ضمن العقد، وإن اشترط مستقلاً سابقاً أو لاحقاً .

قوله ﷺ : وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه ... إلى آخره .

في صحة مثل هذا النذر نظر فإنه مما لا شبهة فيه أن صحة النذر تتوقف على القدرة على المنذور، والظاهر اعتبار القدرة والاستطاعة الشرعية، كما في الحج .

ومعنى القدرة الشرعية أن يكون المتعلق مقدوراً بالفعل مباشرة، بخـلاف القدرة العقلية، فإنها تعم حتى ما كان مقدوراً بواسطة أوسائط، وهنا العتق بعد البيع لا يكون مقدوراً مباشرة، ضرورة أنه بعد البيع هو ملك للمشتري، و« لا عتق إلّا في ملك »، فإنه يكون مقدوراً له إذا فسخ العقد بعد التمكن من فسخه، فيكون العتق حينئذ مقدوراً بالواسطة، فلا تكون القدرة الشرعية حاصلة . نعم لو اكتفينا في النذر بالقدرة العقلية كان مجال للقول بصحة هذا النذر، ولكن الظاهر

---

١ ـ في الأصل : ما نحو .

خلافه .

إسقاط الخيار بعد العقد

قوله ﷺ : ولعله لفحوى تسلط الناس علىٰ أموالهم ... إلى آخره .

لا يخفىٰ أن غاية ما يدل عليه عموم السلطنة هو السلطنة علىٰ نفس المال ، فلا يشمل السلطنة علىٰ نفس السلطنة ، أو علىٰ نفس الملكية ، فله أن يتصرف صاحب السلطنة بالمال بجميع أنحاء التصرف التي تتعلق بالمال ، وليس له أن يتصرف في نفس السلطنة أو الملكية ؛ لأنها ليس مما يقتضيها السلطنة علىٰ نفس المال ، ولذا نقول : إن الإعراض عن المال لا يخرج المال عن ملك صاحبه ، إذ ليس له إبطال الملكية ابتداءاً .

نعم له أن ينقل المال إلى آخر ، فتبطل ملكيته له ، ولكن هذا من نقل طرف الإضافة لا نفس الإضافة ، ولذلك قلنا : إن البيع هو تبديل طرفي الإضافة ، كما سبق مكرراً .

إذا عرفت هذا ، فنقول : إن الحق نوع من الملك ضعيف ، أو نوع من السلطنة ، وليس هو كالمال متعلقاً للسلطنة ، بل هو نوع من الملكية من آثارها السلطنة على متعلق الحق كالعقد في الخيار والمبيع المشترك في خيار الشفعة ، وأمثال ذلك ، فإذا ثبت عموم السلطنة على المال غير الشامل للسلطنة على الملكية ، وعلى السلطنة لا يقتضي فحواه ثبوت السلطنة على الحق التي ترجع إلى السلطنة على السلطنة ، أو على الملكية .

نعم لو ثبت أن الناس مسلطون على سلطنتهم علىٰ أموالهم كان بفحواه يدل علىٰ ثبوت سلطنتهم على حقوقهم ؛ لما سمعت أن الحق بمنزلة الملك ، فهو من سنخه

لا من سنخ المال الذي يكون متعلقاً للسلطنة .

والحاصل أن إسقاط الخيار الذي هو من آثار السلطنة علىٰ حق الخيار من باب الإعراض عن المال ، لا من باب التصرف في نفس المال .

نعم إقرار العقد وفسخه من مقتضيات ثبوت الحق ، كالتصرف في نفس المال الذي من مقتضيات ثبوت الملك ، ولا يقاس الإقرار بإسقاط الخيار ، وإن كانا متلازمين ؛ لأن الإقرار متلعقه هو متعلق الخيار ، وهو تحت الحق والسلطنة ، والإسقاط متعلقه نفس الحق ، فهو فوق السلطنة ، وكون لازم إسقاط الخيار لزوم العقد وإقراره لا يلزم أن يكون الإسقاط خالياً من هذا المحذور حيث كان لازمه خالياً أعني الإقرار .

أقول : لو كان المراد من إسقاط الحق هو إبطال حقه الذي جعله له الشارع في قبال جعل الشارع ، فيكون تصرفاً في حكم الشارع وسلطانه ، ولا شبهة بعدم جوازه ولا يقتضيه فحوىٰ « الناس مسلطون على أموالهم » ، وقد تقدم أن مثل هذا لا يجوز اشتراطه في ضمن العقد ؛ لأنه من المخالف للكتاب والسنة ، ولكن ليس هناك من معنى للإسقاط يكون فوق الحق إلّا هذا المعنى ، وما عداه لا بد أن يكون من مقتضيات نفس الحق ، فينحصر هذا المعنى في إقرار العقد والتعبير عنه بالإسقاط ؛ لأن لازم إقرار العقد سقوط حق الخيار .

على أنه يمكن أن يقال : إن الحق ليس هو بمعنى الملكية ، بل هو مما تعلق به الملكية فهو مملوك لذي الحق ، كما أن العين مملوكة .

فإذا قيل : إن للشريك حق الشفعة ، فمعناه أن الشريك له أن يشفع ، فهو يملك أن يشفع في العين ، فيكون حقه هو الشفعة فإضافة الحق إليها من باب الإضافة البيانية .

وكذلك حق الخيار ، فالخيار هو الحق ، لا أنه متعلق الحق ، وليس الخيار هو

نفس الملكية ، بل هو المملوك لصاحب الحق ، بمعنى أن له أن يختار وأن لا يختار.

وإذا قلنا : إن له حق في أن يختار ، فهو من باب التسامح أو إطلاق الحق لمعنىً آخر ، غير ما هو مراد في قولك : حق الخيار ، والخيار حق من الحقوق ، كما نقول : الشفعة حق من الحقوق ، وهكذا الحال في جميع الحقوق .

قوله ﷺ : أو من طرفهما لمتعدد كأصيل ووكيل ... إلى آخره .

لمتعدد متعلق بقوله (ثبوت الخيار) ، وحاصل هذا الفرض أن يثبت الخيار لشخصين أحدهما أصيل ، والثاني وكيل ، سواء كانت هذا التعدد من طرف أحد المتعاقدين ، أو من الطرفين ، فإذا أجاز أحدهما ـ وليكن الوكيل ـ وفسخ الآخر ـ وليكن الأصيل ـ في آن واحد ، فإن الإجازة هنا تعارض الفسخ ؛ لأن الإجازة تقتضي لزوم العقد من طرف الوكيل والأصيل ، لا من طرف خصوص المجيز منهما.

قوله ﷺ : فلا خيار لهما بعد الرضا ... إلى آخره .

يحتمل أنه أراد : فلا خيار لهما بعد الرضا بحدوث البيع لابقائه ، فلا يكون شاهداً في المقام .

سقوط الخيار بالافتراق

قوله ﷺ : فإذا حصل الافتراق الإضافي ... إلى آخره .

أي بالإضافة إلى الهيئة الاجتماعية ، ولكن لا يخفى أن المدار علىٰ تحقق الافتراق عرفاً ، أي ما يصدق عليه الافتراق عرفاً ، لا الافتراق الحقيقي العقلي كما هو واضح ، فيختلف ذلك باختلاف ما يضاف إليه ، وهو الهيئة الاجتماعية ، فقد يصدق الافتراق على ما هو أقل من الخطوة ، كما لو كانا جالسين فقام أحدهما

فخطا أقل من خطوة ، وقد لا يصدق بأكثر من ذلك ، كما لو كانا راكبين على فرسين وسارا معاً مجتمعين ، فإن الاجتماع يصدق بتجاريهما معاً في المشي ، وإن بلغ الفرق بينهما بأكثر من خطوة .

وعلىٰ كل حال ، فالمدار على تحقق الافتراق العرفي ، وإن كان ربما يشكل تعيين بعض المصاديق العرفية إلّا أنه من المعلوم أنه لا يصدق على الحركة بمقدار الشعرة أو الإصبع أو نحو ذلك ، وإن كان ذلك بالنظر العقلي افتراقاً .

في الإكراه على التفرق

قوله ﴿ : فإن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري ... إلى آخره.

بل حتىٰ الاختياري بهذا المعنى ليس متبادراً من قوله ﷺ « ما لم يفترقا » ؛ لأنه لا دلالة في نفس الأفعال لا بمادتها ولا بهيئتها على الاختيار ، ولا على الالتفات ولذلك يصح إسناد مات وهلك إلى الميت والهالك بدون تجوّز .

نعم إذا أُسندت الأفعال إلى الفاعل في مورد التكليف تكون ظاهرة في الاختيار والالتفات ، ولكن لمكان وقوعها في مورد التكليف المستدعي للاختيار والالتفات ، لا من أجل دلالتها في نفسها على ذلك .

وعلىٰ هذا فإذا صدر الافتراق عن نسيان أو سهو أو اضطراراً أو إكراهاً ، فلا بد من القول بسقوط الخيار لمكان إطلاق قوله ﷺ : « ما لم يفترقا » .

فتحصل أن تبادر الاختيار ـ سواء كان في مقابل الاضطرار أو مقابل الإكراه ـ ممنوع أشد المنع ، وإن كان يمكن دعوى ـ ولا بأس بها ـ أن صيغة الافتعال غالباً تدل علىٰ صدور الفعل عن اختيار ، كاجتهد وانتحر وانتهض

وارتزق ، فلا تصدق هذه الأفعال علىٰ من صدر منه الحدث بدون اختياره ، ألَا ترىٰ أنه لا يقال لمن نحر نفسه غافلاً أو نائماً أنه انتحر ، وهكذا ؟

قوله ﷺ : ومنه يظهر أنه لا وجه للاستدلال بحديث ... إلى آخره .

وذلك لعدم مطابقة الدليل للمدعىٰ حينئذٍ ؛ لأن المدعىٰ أن الخيار إنما لا يسقط مع وقوع الافتراق عن اكراه ، ومع الاكراه على ترك التخاير ، والدليل إنما يدل على تقديره على عدم سقوط الخيار ، إذا وقع الافتراق خاصة عن إكراه ، ولازمه عدم سقوط الخيار مع عدم الإكراه عن ترك التخاير ، وقد اعترفوا بسقوطه حتى مع الاضطرار على التفرق إذا لم يكن التخاير ممنوعاً ، فكيف يصلح أن يكون حديث الرفع دليلاً على مدعاهم ، فلا بد أن لا يكون دليلهم حديث الرفع ، وكذا لا يصح أن يكون دليلهم تبادر الاختيار من الفعل ؛ لما ذكرنا .

هذا حاصل ما يريده المصنف ، وإنما علل بجزء من التعليل في قوله : (للاعتراف بدخول المضطر والمكره ...) وكذلك تعليله في ما يأتي بقوله : (لأن المفروض أن التفرق الاضطراري ...) .

علىٰ أنه يمكن [أن] يقال : حتىٰ لو كانت الدعوىٰ عدم سقوط الخيار مع الاكراه على التفرق فقط لا يصح الاستدلال بحديث الرفع[1] ؛ لأن المرفوع فيما أكرهوا عليه وفيما اضطروا ، وإن كان الموضوع المكره عليه والمضطر إليه ، ولكن بنفسه لا يقبل الرفع ، وإنما هو بالنظر إلى حكمه ، فلا بد أن يكون الإكراه سارياً إلى الحكم الوضعي أو التكليفي حتىٰ يكون نفس الحكم إكراهياً ؛ لأنه المرفوع حقيقة مع أن المفروض هنا أن الإكراه علىٰ الافتراق مع عدم الاكراه على عدم التخاير لا يستلزم الإكراه على الحكم الوضعي ، وهو لزوم العقد حتىٰ يكون مرفوعاً بحديث الرفع .

---

١ ـ الوسائل ١٥ : ٣٦٩ ، حديث ١ من الباب ٥٦ من جهاد النفس .

وبعبارة أخرىٰ : إن الرفع حقيقة إنما يكون للحكم بلسان رفع الموضوع ، والمرفوع لا بد أن يكون ثقيلاً ليصدق الرفع ، والثقل في صورة الإكراه إنما يكون بواسطة الإكراه ، فإذا لم يكن الحكم مما يمسه الإكراه لا يكون ثقيلاً ، فلا يكون مرفوعاً ، كما في المقام .

ثم إنه قد يقال : فلتكن دعوى المشهور هو عدم سقوط الخيار عند الإكراه على الافتراق وعلى عدم التخاير ، ويُستدل بحديث الرفع علىٰ هذه الدعوى الخاصة ؛ لأن الافتراق مع عدم التخاير لما كان مكرهاً عليهما فهما مرفوعان معاً .

قلنا : أي معنىٰ لرفع عدم التخاير ؛ لأنه ليس موضوعاً لحكم اللزوم ولا التخاير موضوعاً للجواز والخيار ، كما أنه لا معنى لرفع عدم الفسخ وإن صح رفع الفسخ بأن لا يكون مؤثراً .

نعم الافتراق موضوع اللزوم أو عدم الافتراق موضوع الجواز ، ولكن قلنا: بنفسه لا يكون مشمولاً لحديث الرفع .

اللهم إلّا أن يقال : إن الإكراه على الافتراق بضميمة الإكراه على عدم الفسخ يكون اللزوم مكرهاً عليه ، فهو مرفوع ولو بلسان رفع الموضوع ، وهو الافتراق ، فتدبر جيداً .

قوله ﷺ : وإلىٰ أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد ... إلى آخره .

ما أغرب دعوىٰ هذا التبادر وأبعدها ، فأي علاقة بين الرضا بنفس العقد وكلمة يفترقان حتى يتبادر منها الرضا بالعقد ، فإنها لا دلالة لها عليه ، لا بمادتها ولا بهيئتها ، كما وليس هناك من قرينة تقتضي هذا التبادر إلّا كون الافتراق وقع بعد فرض العقد ، وهو لا يصح لهذه القرينة ، ولا مناسبة بين الحكم والموضوع تقضي بذلك ، وإلّا لكان افتراق الساهي والنائم غير مسقط للخيار مع عدم القائل

به ظاهراً .

قوله ﷺ : بقوله عليه السلام في صحيحة الفضيل : « فإذا افترقا » ... إلى آخره .

هذا لو كان قوله : « بعد الرضا منهما » قيداً لنفي الخيار ، ولكن لو كان تعليلاً للحكم ، فلا شاهد للمقام بأن يكون المراد أنه الافتراق رضا بالبيع ومصداق له ، فكأنه بعد أن حصل الافتراق الذي هو رضا بالعقد ، فلا مورد لثبوت الخيار ، وهذا يكون كالتصرف في خيار الحيوان المحكوم في الرواية بأنه رضا بالبيع ، كما سيأتي بيانه ، وتوضيح معنى الرضا الذي يصح أن يكون التصرف مصداقاً له وهو محمولاً عليه ، وليس هو الرضا المتبادر المعروف .

قوله ﷺ : وعلى تقدير ، فيدل على أن المتفرقين ... إلى آخره .

الظاهر أنه ليس المهم هو الاستدلال على سقوط الخيار في صورتي الإكراه والاضطرار على التفرق فقط مع عدم الإكراه والاضطرار على عدم التخاير ، وعدم الفسخ ، فإن هذا يكفيه عموم : « البيّعان بالخيار » وإنما المهم الاستدلال على عدم سقوط الخيار عند الإكراه على التفرق وعلى عدم الفسخ ، إذ هو الذي يحتاج إلى إقامة الدليل خروجاً عن العمومات

خيار الحيوان

في ثبوت الخيار للحيوان غير مستقر الحياة

قوله ﷺ : ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود ... إلى آخره .

أما الحيوان المذبوح ، فلا شبهة في عدم دخوله في عـمومات أدلة خـيار الحيوان ؛ لأنه جماد وإنما يطلق عليه الحيوان مسامحة فالحيوان هو ذو الحياة ، وإنما يقع الكلام في الحيوان غير المستقر الحياة كالسمك والجراد وغيرهما ، فإن الحيوان يصدق عليها ، فيدخل في ظاهر الأدلة وكلمات الأصحاب .

ولكن المصنف لم يستبعد خروج الحيوان غير مستقر الحياة غير المـقصود منه الحياة خروجاً موضوعياً ؛ وذلك لأن المنساق من دليل خيار الحـيوان بـيع الحيوان بما أنه حيوان ، والحيوان المبيع غير المقصود منه إلّا اللحم كالسمك الخارج من الماء ، والجراد في الإناء ليس المبيع فيه إلّا اللحم ؛ لأن الثـابت مـن حـيثية تقييدية ثابت لتلك الحيثية ، فلا يشمل بيع الحيوان لبيع اللحم ، فلا يثبت له خيار الحيوان ، وكونه حيواناً في الواقع لا يجعله مبيعاً من هذه الخصوصية .

ومن الواضح أيضاً أنه لم يثبت خيار آخر للحم بهذا العنوان ، فعموم خيار الحيوان لا يشمل بيع اللحم ، فهو خارج عنه تخصصاً .

ومن هذا التقرير يتضح الفرق بين مثل السمك خارج الماء المقصود منه اللحم ، والحيوان المشترىٰ لغاية الذبح ، كما إذا اشتراه القصاب ، فإنه وإن كان قد يتخيل أنه مقصود منه اللحم مع أنه لا شبهة في ثبوت الخيار فيه إلّا أنه من الواضح أن حيثية اللحم لم تجعل حيثية تقييدية ، بل حيثية تعليلية ، فإن المشترىٰ حقيقة والمبذول بازائه الثمن هو الحيوان بما له من الحياة ، وإنما كانت الغاية منه هو لحمه بعد ذبحه بخلاف مثل السمك ، فإن المشترىٰ حقيقة هو اللحم ، وجهة الحياة ملغاة في نظر المشتري .

ومما تقدم يظهر حال الحيوان المشرف على الموت لعارض كالصيد ، فإنه إذا بيع فإنما يباع نفس اللحم ، فلا مجال لقصد حياته ، فليس هو أشد إشكالاً من الحيوان المقصود منه اللحم ابتداءاً ، لا لعارض كالسمك .

قوله ﷺ : وعلى كل حال فلا يعد زهاق الروح ... إلى آخره .

حاصله أنه لو قلنا بثبوت الخيار للحيوان المشرف على الموت لعارض ، بل ولغيره ، فلو مات قبل القبض ، فهل يعد ذلك تلفاً فيكون من مال بائعه ، كما هو الحال في كل مبيع تلف قبل القبض ؟ بل وكذا لو مات في زمن الخيار ، فهل يتلف ممن عليه الخيار ، كما هو الحال أيضاً في كل مبيع تلف في زمن الخيار ؟ .

الحق أن مجرد إزهاق الروح في مثل هذا الحيوان لا يعد تلفاً ؛ لأنه لما كان المقصود منه اللحم ، وهو المبيع حقيقة ، فالمبيع لم يتلف ، وإنما ذهبت صفة لم تؤخذ قيداً في المبيع ، وهذا لا ينافي ثبوت الخيار علىٰ تقدير القول به ؛ لأنه لو قلنا به ، فإنما هو لعموم دليل خيار الحيوان وعدم تأثير جهة كون اللحم هو المقصود في الخروج عن العموم ، فلا يخرج عن هذه الجهة الواقعية ، وهي كون اللحم هو المقصود ، وأنه هو المبيع حقيقة ، فلا يكون الجمع بين القول بالخيار فيه ، والقول بأن زهاق روحه ليس بتلف تناقضاً ، كما ربما يتوهم في بادئ النظر .

قوله ﷺ : وفي منتهى خيار مع عدم بقائه ... إلى آخره .

هذه الوجوه بعد فرض ثبوت الخيار له ، والوجوه التي تذكر في المقام ثلاثة :

الأول : فورية الخيار ، بناءاً على أن ما لا تحديد لخياره ، القاعدة فيه تقتضي الفورية ، وهنا لما لم يبق الحيوان إلى الثلاثة ، لا يصح تحديده بالثلاثة ، فلا يدخل في الدليل الدال علىٰ بقاء خيار الحيوان إلى الثلاثة ، وإنما يدخل في عموم الدليل الدال علىٰ مطلق ثبوت خيار الحيوان فتبقى مدة خياره بلا دليل يدل عليها ، فلا بد من الرجوع حينئذ إلى القاعدة .

الثاني : استمرار الخيار إلى الموت إذا كان قبل انقضاء الثلاثة ؛ نظراً إلىٰ أنه لما كان معلوماً للمشتري أو لهما معاً أنه لا يبقى إلى الثلاثة ، فهما قد أقدما علىٰ عدم ثبوت الخيار إلى الثلاثة ، فكان ذلك بحكم الإسقاط من بعد الموت ، والدليل الدال على ثبوت الخيار إلى الثلاثة ، ليس لسانه لا بديّة الثبوت إلى الثلاثة على نحو إنْ ثبت إلى الثلاثة وإلّا فيسقط ، بل إنما جعلت مضي الثلاثة غاية بقائه ، وذلك على تقدير إمكان بقائه ، فلا ينافيه عدم استمراره إلى الثلاثة لمانع ، كما هنا ، وهو الموت الذي يكون الإقدام عليه ، كالإقدام على الإسقاط ، أو لأنه لا فائدة في بقاء الخيار إلى الثلاثة بعد الموت بملاحظة الحكمة في خيار الحيوان ، وهي النظرة المستفادة من دوران الخيار مدارها .

الثالث : ثبوت الخيار إلى الثلاثة نظراً إلىٰ دخوله في دليل ثبوته إليها ، حيث إنه بمجرد موته قبل الثلاثة غير مانع من ثبوت الخيار لما هو معلوم أن متعلق الخيار هو العقد ، لا نفس العين ، فمع تلف العين ينتقل إلى البدل .

والأرجح من هذه الوجوه هو الثاني لما تقدم أن زهاق روح هذا الحيوان لا يعد تلفاً ، بل المبيع كما عرفت نفس اللحم ، وهو لم يتلف بزهاق الروح ، وتقدم

أنه لا ينافيه ثبوت الخيار على تقدير القول به ، وعليه فلا معنى للانتقال إلى البدل في الفسخ إذا مات ذلك الحيوان لعدم التلف ، فالمبيع باق علىٰ حاله ، ولا معنى أيضاً لثبوت الخيار بعد الموت ؛ لأنه بعد الموت لحم صرف ، لا حياة فيه ، فلا يصدق عليه الحيوان حتىٰ يثبت فيه خيار الحيوان ، ولا يصح ثبوت خيار الحيوان لغير الحيوان ولو آناً ما ، وثبوته للبدل مع التلف في غير المقام إنما هو لمكان أن ثبوته للبدل في طول ثبوته لنفس الحيوان ؛ لأنه بدل عنه ، وليس كذلك بقاؤه في اللحم مع زهاق الروح ؛ لأن ثبوته للحم حينئذ ليس على نحو البدلية ، بل في عرض الحيوان .

قوله ﷺ : بالحكمة غير الجارية ... إلى آخره .

والعلة هي النظرة ، والمراد منها الاطلاع على عيوبه الخفية ، ولا شبهة أن الكلي مع بقائه على كليته لا معنى للاطلاع علىٰ عيوبه ، إذ لا يتصور ذلك في المتشخص ، وأما مع تشخصه بالقبض ، فإن طابق المقبوض الوصف ، فلا معنى لظهور العيب ، وان لا يطابق الوصف لظهور العيب ، فلم يكن ذلك مصداقاً للمبيع حتى يثبت الخيار . نعم يثبت خيار الرؤية على القول بثبوته في الكلي ، وهذا أمر آخر .

قوله ﷺ : ولعله الأقوىٰ ... إلى آخره .

إما لعدم جريان الحكمة فيه كما تقدم ، وإما للانصراف من الحيوان إلى خصوص الشخصي ، والكل محل شبهة .

أما الحكمة ، فاستفادة كون الحكم يدور مدارها وجوداً وعدماً ممنوعة ، والانصراف أشد منعاً ، فإن ذلك من غلبة الوجود ، لا غلبة الاستعمال ، فلا ينفع .

اختصاص خيار الحيوان بالمشتري

قوله ﷺ : المشهور اختصاص ... إلى آخره .

الأقوال المذكورة هنا ثلاثة :

الأول : ـ وهو المشهور ـ اختصاص الخيار بالمشتري فيما إذا كان المثمن حيواناً ، فلا خيار للبائع مطلقاً ، حتى لو كان الثمن حيواناً ، ولا للمشتري فيما إذا كان الثمن حيواناً لا المثمن .

الثاني : ثبوت الخيار لهما معاً ، كما هو المنقول عن السيد المرتضىٰ ﷺ ، سواء كان الثمن والمثمن معاً حيوانين أو كان أحدهما حيواناً دون الآخر ، وهذا القول يباين الأول إلّا من جهة ثبوت الخيار للمشتري فيما إذا كان المثمن حيواناً .

الثالث : ثبوت الخيار لصاحب الحيوان أي من انتقل إليه الحيوان ، سواء المشتري والبائع ، فلو كان كل من المثمن والثمن حيواناً كان الخيار لهما معاً ، وبين هذا القول وبين الأول عموم وخصوص مطلقاً ، فيجتمعان فيما لو كان المبيع حيواناً ، ويفترق عن الأول فيما إذا كان الثمن حيواناً أو كلاهما ، وكذلك النسبة عينها بينه وبين الثاني ، لكن العموم من جانب الثاني فيجتمعان فيما إذا كان الثمن والمثمن حيوانين ، ويفترق الثاني عن الثالث فيما إذا كان أحدهما حيواناً ...[1]

---

١ ـ إلىٰ هنا ما عثرنا عليه من خيار الحيوان ، وكان رقم الصفحة هذه « ٤٦ » بحسب تسلسل المؤلف طاب ثراه ، وبقية الصفحات مرقة لكنها بياض إلى صفحة « ٧٩ » ، فيبدأ فيها بخيار الغبن .

خيار الغبن

قوله ﷺ : واستدل في التذكرة على هذا الخيار ... إلى آخره .

أقول : يمكن الاستدلال لخيار الغبن بغير ما هو مذكور في المتن بأن يقال : إنه مما لا شبهة فيه أن بناء المعاملات التجارية عند العرف على التساوي بين العوضين تساوياً عرفياً ، كما أشار إليه المصنف ﷺ فيما يأتي في توجيه استدلال العلامة بالآية ، بحيث كان ذلك البناء منهم ، وجريان عرف المعاملات عليه كافياً لاعتماد المشتري أو البائع على عدم ذكر شرط التساوي في مضمون العقد ، فيكون لنفس المعاملة لمكان هذا البناء العام ظهور في اعتبار التساوي ، لا ترفع اليد عنه إلّا مع القرينة الصارفة اللفظية أو المقامية .

فلا يرد ما ذكره المصنف ﷺ في رد الاستدلال بالآية ، تارة أن هذا من قبيل الداعي لا العنوان ، وأخرى أنه قد لا يكون داعياً ، كما إذا كان المقصود ذات المبيع ، فإنه بعد أن كان البناء العرفي جرى في المعاملات على هذا الاعتبار ، بحيث كان للمعاملة المجردة عن القرينة ظهور في ذلك ، كان هذا من باب الشرط الضمني ، كاشتراط وصف الصحة ، ولا يضر فيه أنه قد لا يكون داعياً أحياناً .

فنحن نعرف من هذا أن التساوي بين العوضين شرط ضمني استغني عن ذكره لتباني الناس على اعتباره الذي جعل لنفس المعاملة ظهوراً فيه لا يصرف

عنه إلّا صارف وقرينة تقوم على خلافه .

ومن المعلوم أنه مع الغبن الفاحش يتخلف هذا الشرط ، وعند تخلفه يثبت الخيار ، ولماذا يثبت الخيار ؟

نقول : إنه مما لا شبهة أنه في البيع كل من البائع والمشتري يملّك التزامه للآخر على تقدير حصول جميع الشرائط المعتبرة في المعقود عليه من غير أن يكون للشرط قسط من الثمن ، بل إنما جعل الثمن بازاء نفس المبيع ، لكن التزامه بنقل المبيع وتمليكه لهذا الالتزام مشروط بالشروط التي وضعها على البائع مثلاً وقبلها البائع وملك التزامه له ، فإذا تخلف الشرط مثلاً من قبل البائع كان المشتري مالكاً لالتزامه ؛ لأنه لم يملّكه التزامه إلّا على تقدير حصول ذلك الشرط ولم يحصل ، ولم يملّكه التزامه على كل تقدير ، وليس معنى الخيار إلّا أن صاحب الخيارمالك لالتزامه ، فله أن يلتزم بالمعاملة ، وله أن لا يلتزم فيفسخها ، فيكون على هذا من تخلف عليه الشرط وهو المشتري مالكاً لاختياره ، وليس للبائع أن يلزمه ، وهذا بخلاف البائع فإنه بالنظر إلى هذا الشرط المتخلف من قبله لم يكن تمليكه لالتزامه معلقاً على تقدير خاص ، بل إنما ملّكه على كل من تقدير تخلف هذا الشرط وعدمه ، فالتزامه مملوك للمشتري مع هذا التخلف ، فلا يثبت له الخيار ، وكذلك الكلام لو تخلف الشرط من قبل المشتري لا البائع ، فيثبت الخيار للبائع خاصة ، ولو تخلف من كل منهما يثبت الخيار لكل منهما .

والحاصل أن خيار الغبن يرجع ـ على هذا البيان ـ إلى خيار تخلف الشرط ، والدليل عليه دليل على هذا الخيار .

ولكن خروج هذا الخيار كخيار التخلف عن أدلة اللزوم خروج تخصصي أو تخصيصي ؟

وجهان ، والوجه الثاني هو الأولىٰ وإن ذهب إلى الأول أحد أجلّة مشايخنا

دام ظله العالي ، وللكلام فيه محل آخر إن شاء الله تعالىٰ .

الاستدلال بالآية علىٰ خيار الغبن

قوله ﷺ : وتوجيهه أن رضا المغبون ... إلى آخره .

الاستدلال بالآية[1] علىٰ هذا النحو مبني علىٰ أن الاستثناء فيها منقطع ؛ لأن نفس التجارة أو كونها عن تراضٍ كاف للخروج عن عموم أكل المال بالباطل ؛ لأن أكل المال بالتجارة ليس أكلاً بالباطل عرفاً ، فالباطل نوع ليس هو التجارة ، فتدل الآية علىٰ أن التجارة عن تراض ماضية عند الشارع صحيحة ، ولازمة أيضاً إذا التزم المتبايعان بمضمون العقد ؛ لأن هذا معنى إمضائها فإذا فرض أن المتعاقدين لم يحصل منهما التراضي بلزوم العقد بمعنىٰ أنه لم يملّك كل منهما التزامه للآخرون ، وإن حصل التراضي بنفس المبادلة ، فلا تدل الآية على لزوم العقد ، بل تدل على عدم لزومه ؛ لأنها إنما تدل على إمضاء ما تراضيا عليه ، والمفروض أنهما لم يتراضيا باللزوم ، وإنما تراضيا بنفس المبادلة بين العوضين ، فما تراضيا عليه مُمضىٰ عند الشارع ، وهو ليس إلّا نفس المعاملة ، وما لم يتراضيا عليه ليس بممضىٰ ، بل منهي عن التملك بدون حصول الرضا بمقتضى الحصر بالتجارة عن تراض .

وهنا في مسألتنا على تقدير الغبن الفاحش لم يحصل التراضي من المتبايعين معاً بلزوم العقد على تقدير الغبن وعدم تساوي العوضين في القيمة ، وإن كان التراضي بنفس المعاملة حاصلاً ، ولذا تكون المعاملة مع الغبن صحيحة ، ولا

---

١ ـ وهي قوله تعالىٰ : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ النساء : ٢٩ .

لزوم، بل يثبت الخيار .

هكذا ينبغي تقريب الاستدلال بالآية الشريفة على هذا الخيار ، بل الآية تكون دليلاً على ثبوت الخيار في كل موضع تخلف الشرط ، سواء كـان الشرط ضمنياً أو صريحاً .

قوله ﷺ : لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع ... إلى آخره .

هذه دعوىٰ لا بد أن تستفاد من الآية ، وإلّا فلا يكون استدلالاً بالآية ، ولم يظهر من المتن أن هذا مدلول الآية ، ولكن علىٰ ما قلناه يظهر وجه دلالة الآية عليه ، كما عرفت في الحاشية السابقة ، ان الآية تدل على إمضاء ما تراضيا عليه ، وفي هذا الفرض وإن لم يحصل التراضي بالزوم ؛ لتخلف الشرط الضـمني وهـو التساوي بين قيمتي العوضين ، إلّا أن التراضي بالمبادلة ، بـين نـفسي العـوضين حاصل ، فلا يكون تبين فقط الشرط أو الوصف كاشفاً عن بطلان البيع ؛ لعـدم كشفه عن عدم حصول التراضي بالمبادلة بين نفسي العوضين حتى لا يكون نفس العقد ممضاً من الشارع صحيحاً .

نعم تبيّن فقد الوصف لا يوجب إلّا الخيار ؛ لعدم حصول التراضي باللزوم حتى يكون اللزوم ممضاً بمقتضىٰ الآية ، وإلّا كان لزوم المعاملة إلزاماً للمشتري أو البائع بما لم يلتزم ، وبما لم يرض .

أقول : وكأن المفهوم من كلام المتن ـ على ما قررناه ـ أنه يكفي في ثبوت الخيار عدم ثبوت اللزوم ، فكأن الآية لا تدل علىٰ لزوم العقد لا أنها تدل علىٰ عدم لزومه، وفرق بين الدلالة على عدم اللزوم ، وعدم الدلالة على اللزوم ؛ لأنها غاية ما تدل على إمضاء ما تراضيا ، والنافع هو دلالتها على عدم اعتبار مـا لم يتراضيا عليه .

ولكن المصنف أخيراً يصرح بدلالة الآية على عدم اللزوم ، وليس ذلك إلّا

لما أشرنا إليه في الحاشية السابقة أن الآية بمقتضىٰ الحصر تدل على النهي عن التملك بدون حصول التراضي ، فتدل على عدم اعتبار ما لم يتراضيا عليه ، كما تدل على إمضاء ما تراضيا عليه ، والفاقد للوصف مما لم يتراضيا عليه ولم يلتزما به ، فتدبر .

قوله ﷺ : لفحوىٰ حكم الفضولي المكره ... إلى آخره .

لا حاجة إلى الاستدلال بهذه الفحوىٰ ، بل لا معنى لها ، والسر في ذلك أن التجارة إما أن يراد بها المعنى المصدري وهو إيجاد المعاملة وحدوثها ، وإما أن يراد المعنى الاسم المصدري ، وهو نفس المعاملة الموجودة في الخارج كسائر الموجودات .

فإن كان الأول ، فالآية تدل على اعتبار مقارنة الرضا للتجارة ؛ لأن الإيجاد إني ، فإذا تأخر الرضا أو تقدم ، لا يكون إيجاد التجارة عن تراض ، فلا ينفع إذن لحوق الرضا في الفضولي والمكره ، فضلاً عن المقام .

وإن كان الثاني ، فالآية لا تدل على اعتبار مقارنة الرضا لصدق التجارة عن تراض حتى مع تأخره ، فهي تدل علىٰ كفاية التراضي المتأخر ، سواء في بيع الفضولي والمكره وتخلف الوصف ، فلا فرق بين المقامات ، والفحوى إنما تفرض فيما إذا دل الدليل بمنطوقه علىٰ شيء ، وكان شيء خارج عن المنطوق أولى بالحكم ، فيدل الدليل بالفحوىٰ على ثبوت الحكم للشيء الخارج .

أما هنا فهذه الثلاثة جميعاً ، إما أن تكون كلها خارجة عن منطوق الآية أو كلها داخلة ، وإن كان الحق هو الثاني لظهور لفظ التجارة في المعنى الاسم المصدري ، كما ادّعاه جملة من المحققين .

قوله ﷺ : لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالىٰ ... إلى آخره .

أقول : لا معنى لفرض المعارضة بين عقد المستثنىٰ وعقد المستثنىٰ منه ؛ لأن الاستثناء مخرج للمستثنىٰ عن حكم المستثنىٰ منه ، فلو كان الشيء الداخل تحت

عموم المستثنىٰ منه داخلاً تحت عموم المستثنىٰ ، فلا بد أن لا يكون محكوماً إلّا بحكم المستثنىٰ ؛ لأن هذا معنى الإخراج .

فإن قلت : هذا فيما لو كان الاستثناء متصلاً دون ما إذا كان منقطعاً ، وبعبارة أخرى إن بين المستثنى والمستثنىٰ منه إما أن يكون عموم وخصوص مطلقاً ، والعموم من جانب المستثنىٰ منه ، وإما أن يكون عموم وخصوص من وجه ، وإما أن يكونا متباينين .

فإن كان الأول كان الاستثناء منفصلاً ، فلا محالة لا يقع التعارض بينهما ؛ لأن المستثنىٰ أخص من المستثنىٰ منه ، وقد أخرج من حكمه ، وكذا على التقدير الثالث لا يقع التعارض بينهما ، إذ لا يجتمعان في مادة ، ويكون الاستثناء منقطعاً .

وإن كان الثاني كان الاستثناء منقطعاً لا محالة ؛ لعدم دخول مورد افتراق المستثنىٰ في المستثنىٰ منه ، فيبقى مورد الاجتماع ، ولا يصح أن يكون داخلاً في كل من المستثنىٰ والمستثنىٰ منه ، وإلّا لكان الاستثناء متصلاً بالنظر إليه ، ولا يصح جمع الاستثناء المتصل والمنقطع لأداة واحدة باستعمال واحد ؛ لأنه يكون من باب استعمال اللفظ في أكثر من معنى ، فلا بد أن يدخل مورد الاجتماع في المستثنىٰ منه وحده أو في المستثنىٰ وحده ، فإن دلت قرينة على أحدهما فذاك ، وإلّا فيقع التعارض بين ظاهريهما والمقام من هذا القبيل ؛ لأن بعض ما هو باطل ليس بتجارة عن تراض ، وبعض ما هو تجارة عن تراض ليس بباطل ، ومورد البحث ـ وهو البيع الغبني ـ من جهة باطل ، فيدخل في عموم المستثنىٰ منه ، ومن جهة تجارة عن تراض ، فيدخل في المستنىٰ ـ كما قرره المصنف ـ فيتعارضان .

قلت : أولاً : إن الاستثناء المنقطع وإن كان في مورد تباين المستثنىٰ والمستثنىٰ منه وإن كان تبايناً جزئياً ، لكنه لا بد أن يقدر شمول المستثنىٰ منه بأن يقدر عامّاً ولو مجازاً ، فيكون المجاز في الاستثناء المنقطع في نفس المستثنىٰ منه ، لا

في الأداة، فرجع الاستثناء المنقطع إلى الاستثناء المتصل، بل هو حقيقة.

غاية الأمر إن المستثنىٰ منه بمعناه الحقيقي في المنقطع لا يشمل المستثنىٰ بخلاف المتصل وإن كان بمعناه المجازي أو المقدر شاملاً، ففي صورة ما إذا كان العموم والخصوص بين المستثنىٰ والمستثنىٰ منه من وجه لا بد أن يقدر المستثنىٰ منه عامّاً مطلقاً، فيصح الإخراج لجميع ما يدخل تحت عموم المستثنىٰ، سواء كان هو مورد الافتراق أو مورد الاجتماع، ولا يقع التعارض بين العقدين أبداً، ويكون عقد المستثنىٰ مبيّناً دائماً لعقد المستثنىٰ منه.

وثانياً: سلمنا ما ذكرتم، لكن الآية الشريفة ظاهرها أن ما صدق عليه التجارة عن تراض خارج عن الباطل موضوعاً، فتدل على التباين بين الباطل والتجارة عن تراض، فتكون من القسم الثالث الذي فرضتم أنه لا يقع فيه التعارض، ولما فرض في موردنا أن التراضي بنفس المعاملة وبالمبادلة بين نفسي العوضين حاصل[1] فتصدق عليه التجارة عن تراض، فهو بنفسه كاف للخروج عن الباطل، وعدم حصول الالتزام، والتراضي بالوصف المفقود لا يقتضي دخوله بعد هذا تحت الباطل.

ولو فرض الشك في دخول المورد تحت الباطل أو التجارة عن تراض تكون الشبهة مفهومية، فلا معنى لوقوع التعارض بين العقدين، إذْ لا يكون حينئذ الظهور محفوظاً في كل منهما.

والتحقيق أن المورد مشمول لعقد المستثنىٰ فقط لحصول التراضي بنفس المبادلة ولصدق التجارة، ولعدم صدق الباطل على نفس المعاملة، والاستدلال على ثبوت الخيار هنا بعقد المستثنىٰ على ما أوضحناه سابقاً، فتدبر.

قوله ﷺ: ويمكن أن يقال: إن آية التراضي تشمل غير صورة

---

١ ـ في الأصل: حاصلاً.

الخدع ... إلى آخره .

فيه أولاً : إن صورة الخدع مشمولة لآية التراضي كغير صورة الخدع ، لا لآية النهي ، فلا تعارض .

وثانياً : إن آية التراضي لا تدل على عدم الخيار ، بل تدل على الخيار كما سلف ، فلا تعارض أيضاً من هذه الجهة .

وثالثاً : إن فيما لو أقدم المغبون على الشراء محتملاً كون الشراء بأضعاف قيمة العين إما أن يتبين كونه مغبوناً فوق ما كان يحتمله ، أو بمقدار ما كان يحتمله ، فإن كان الأول فهو مخدوع ومغبون ، فليست هذه الصورة غير صورة الخدع ، وإن كان الثاني فسيأتي أن الشاك بالزيادة يمكن أن يكون حكمه حكم العالم بها لا خيار له ؛ لتحقق الإقدام منه ، فلا ملازمة بين القول بالخيار في صورة الخدع وغيرها ، فلو كانت آية التراضي دالة على نفي الخيار في غير صورة الخداع وآية دالة على الخيار في صورة الخدع ، فلا بأس من الالتزام بهما ، ولا يكون مخالفاً للإجماع المركب ، فتأمل تعرف .

(حديث لا ضرر)

قوله ﷺ : ولكن يمكن الخدشة في ذلك ... إلى آخره .

لا يخفىٰ أن المعاملة من الضروري وقعت بين العوضين بين الكل والكل ، والمجموع والمجموع علىٰ نسبة واحدة ، فالنصف يقابله النصف ، والربع يقابله الربع ، وهكذا إلى أصغر كسر يُفرض ، وليس لهذه المعاملة إلّا لزوم واحد ، فإما أن يكون منفياً أو ثابتاً ، فإذا فرض أن حديث « لا ضرر »[1] دل على نفي اللزوم

---

١ ـ الوسائل ٢٦ : ١٤ حديث ١٠ من الباب ١ من أبواب موانع الإرث .

الضرري في المعاملة الغبنية ، فلا يبقىٰ للمعاملة لزوم آخر ؛ لأنه ليس لها إلّا لزوم واحد ، ومعه ينحصر نفي اللزوم في الخيار ، فلا يكون في عرضه جواز رد الزائد أو أخذ الغرامة .

وبعبارة أخرى : إنه ليس لنفي اللزوم إلّا فرد واحد هو الخيار ، وليس من أفراده هنا رد الزائد ؛ وذلك لأنه لو استرد المغبون الزائدَ بعنوان دفع الضرر بالغبن بمقتضىٰ نفي الضرر ، فمعناه أن المعاملة في غير الزائد لازمة وفي الزائد غير لازمة ، فينحل حينئذ اللزوم ، ولكنه للمعاملة لزوم واحد فقط ، فلا ينحل إلّا بانحلال المعاملة .

ومن الواضح أن جعل المبدل في قبال ما يساويه قيمةً من البدل ويبقى الزائد بغير مقابل ليس ذلك معنى انحلال المعاملة ، بل هو خلاف مقتضىٰ المعاوضة المفروضة ، وإنما يكون معاوضة أخرىٰ ، وإنما انحلال المعاملة بجعل البعض مقابل البعض ، لا بجعل الكل مقابل البعض ، والبعض الآخر يبقىٰ بلا مقابل ، ويرد إلىٰ المغبون .

فتحصل أن جواز رد العقد في المقدار الزائد لا يكون من أفراد نفي اللزوم ، ذلك اللزوم الضرري الذي جاء من قبل المعاملة الغبنية الواحدة ، والتي ليس لها إلّا لزوم واحد ينحل بانحلال[1] المعاملة .

فإن قلت : إن شرط المساواة الضمني في العقد يقتضي جعل المبدل في قبال ما يساويه من البدل فتكون المعاملة لازمة بالنسبة إليه ، إذ لا ضرر حينئذ ، وفي الزائد ينفي اللزوم ؛ لأنه ضرري بالنسبة إليه .

قلت : أولا : علىٰ تقدير هذا الغرض يكون الخيار في طول جواز رد الزائد أو أخذ الغرامة لا في عرضه ، فإذا امتنع الغابن من الرد أو الغرامة يكون للمغبون

---

١ ـ في الأصل : باحلال .

الفسخ في الكل ، وإلّا فليس للمغبون الفسخ في الكل ابتداءاً ؛ لأن لزوم المعاملة في المقدار المساوي ليس بضرري ، فهو غير منفي ولا يكون ضررياً إلّا بعد امتناع الغابن من رد الزائد أو الغرامة .

وثانياً : إن شرط المساواة إن كان موجباً لانحلال المعاملة ، فمعناه أن الزائد يبقى بلا عوض مقابل ، فلا بد أن يرجع به إلى صاحبه وهو المغبون لا من جهة نفي اللزوم ، بل لأنه ماله لم ينتقل عنه بأي أحد من النواقل .

وثالثاً : إن شرط المساواة لا يجعل المعاوضة معاوضة ثانية بحيث يكون الكل في قبال البعض ، وإنما معنى شرط المساواة أن الكل لا بد أن يساوي الكل ، والبعض أيضاً لا بد أن يساوي البعض على نسبة واحدة ، فإذا لم يكن في الواقع مساوياً لم يحصل الشرط ، لا أنه تحصل المساواة ويبقىٰ زائد بلا مقابل ، فإنه لا بد أن تحصل مساواة بغير مجموع البدل ومجموع المبدل ، فإن لم يحصل ذلك فلم يحصل الشرط أصلاً .

ورابعاً : إن ما أفاده الشيخ ﷺ هنا بعد فرض أن الاستدلال بنفي الضرر في المقام ليس مبنياً على تخلف الشرط ، وهو المساواة ، وأن الضرر جاء من قبله ، بل مبني على أن نفس لزوم المعاملة يكون ضررياً ، فتدبر .

والخلاصة أن جواز رد المعاملة في المقدار الزائد وأخذ الغرامة ليس من أفراد نفي اللزوم المدلول عليه بعموم نفي الضرر ، وأما إلزام الغابن بفسخ المعاملة فكذلك ؛ لأنه ليس من مقتضيات نفي اللزوم من جانب المغبون ؛ لأنه هو هذا الضرري وهو لزوم المعاملة على المغبون .

نعم لو فسخ الغابن أوْ ردّ الزائد أو أدى الغرامة لا يبقى مورد للخيار ؛ لأنه بذلك تبطل المعاملة أو يرتفع الضرر ، وعلى تقدير لا معنى للخيار الثابت لثبوت الضرر ، فيكون ذلك من قبيل رافع الموضوع لدليل نفي الضرر ، لا أنه مدلول لنفي

الضرر ، فلا يكون أحد أفراد نفي اللزوم في عرض الخيار ، كما هو المقصود إثباته في المقام ، فالمغبون ابتداءاً له أن يفسخ العقد في الجميع ، فإذا فسخ الغابن قبل فسخه ورضي بفسخه ، أو رد الزائد أو أدىٰ الغرامة ، فلا مجال لفسخ المغبون لارتفاع ضرره .

غاية الأمر إن فسخ الغابن إنما يصح إذا كان بإذن المغبون ، إذ ليس له خيار ، ويكون من قبيل التقايل ، كما أن رد الزائد لا بد أن يكون على نحو الغرامة لا بعنوان رد نفس الزائد من بعض عين البدل ، لئلا يلزم الجمع عند المغبون بين جزء العوض وتمام المعوض المنافي لمقتضى المعاوضة كما نبه عليه المصنف ﵀ .

(الروايات)

قوله ﵀ : فإن ما عدا الرواية الأولىٰ ظاهرة ... إلى آخره .

ولكن بعضها وارد في خصوص البيع والشراء ، فلا وجه لدعوى ظهورها في حرمة الخيانة في المشاورة .

قوله ﵀ : ويحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه ... إلى آخره .

وهذا الاحتمال هو أظهرها وأوجهها ، فإن الأول بعيد لمكان إسناد البحث إلى الغبن الظاهر في عدم كون الإسناد للتشبيه ، وتنزيل الغبن منزلة السحت ، والغابن منزلة آكل السحت .

والثالث : أبعد ، فإنه لو كان المراد بيان خيار الغبن لما كان وجه للاختصاص بالمسترسل ، فإن الغبن فيه الخيار مطلقاً كان المغبون مسترسلاً أم لا ، وأكل الثمن سحت مطلقاً بعد رد المغبون ، ومن البديهي أن هذه الروايات ظاهرة في أن للاسترسال دخل في الحكم فيناسب الاحتمال الثاني وإسناد السحت إلى

الغبن باعتبار أنه السبب لأخذ المال الزائد ، فيكون الإسناد مجازياً .

اشتراط عدم علم المغبون في ثبوت خيار الغبن

قوله ﷺ : أو الظن بهما ... إلى آخره .

ليس المراد الظن بالزيادة والنقيصة معاً ، فإنه محال ، بل المراد الظن بعدم المساواة ، والظن بعدم المساواة إما بظن الزيادة أو بظن النقيصة أو باحتمال كل منهما احتمالاً مساوياً مع مرجوحية المساواة .

قوله ﷺ : ويشكل في الأخيرين ... إلى آخره .

أما إذا كان المستند في خيار الغبن ما قدمناه ، وهو تخلف الشرط الضمني فلا إشكال في المقام مع فرض ظهور المعاملة لو خليت ونفسها في المساواة ببناء المتعاقدين وجريان سيرتهم في معاملاتهم علىٰ ذلك ، بحيث لا يحتاج ذلك إلىٰ ذكر واشتراط ، إذ لا شبهة أن الشرط إنما يحتاج إليه في صورة الجهل والشك ، وإلّا في صورة العلم بالمساواة لا حاجة إلى الاشتراط ، فلا ينبغي الإشكال حينئذ في ثبوت خيار الغبن .

نعم إنما يستشكل فيما إذا كان المستند قاعدة نفي الضرر ؛ لأن الإقدام على الزيادة قد يقال بتحققه في صورة الشك أو صورة ظن التفاوت .

اعتبار القيمة حال العقد

قوله ﷺ : ثم إن المعتبر القيمة حال العقد ... إلى آخره .

إعلم أن الكلام في هذا الباب يختلف باختلاف المدرك لخيار الغبن ، ولما كنا

رجحنا أن يكون المستند فيه هو تخلف الشرط الضمني ، فنقول : إن الشرط إما أن يكون هو التساوي حال العقد ، أو التساوي مطلقاً حتى لا يتضرر المشتري بشرائه ولو كان بعد العقد .

فإن كان الأول فلا شبهة في ثبوت الخيار لو كانت الزيادة بعد العقد ، سواء كانت قبل إطلاق المغبون أو بعده ، وسواء كانت قبل القبض أو بعده لتخلف الشرط علىٰ كل حال ، لكن الشأن في كون الشرط كذلك ، فإن شرط الصفة شيء ، وشرط مقارنتها للموصوف عند التسليم أو عند البيع شيء آخر ، فإنه شرط زائد على الشرط الأول ، فإنه يمكن شرط الكتابة في العبد المشترى ، وعدم شرط مقارنتها للبيع أو التسليم ، ولو أن حصولها يكون بعد ذلك بالتعليم ، والذي نقوله : من ظهور المعاملة في المساواة لو خليت ونفسها ؛ لبناء المتعاقدين وسيرتهم ، فإنما هو ظهورها في نفس المساواة ، أما كونها حاصلة حين العقد فلا .

وإن كان الثاني ـ كما هو الظاهر ـ فنقول : إن كل شرط يوجب اشتغال ذمة المشترط عليه بالمشروط ، فإن كان المشروط حاصلاً قبل الإقباض بحيث أن البائع سلم المبيع واجداً له فلا شبهة بالوفاء وفراغ ذمته ، ولو كان حين البيع غير واجد له ، بل ولو كان حصول المشروط لا باختيار البائع ولا بعلمه ، بل بتقدير سماوي أو عمل أجنبي ، كما لو زادت القيمة السوقية أو علف الدابة المشروط سمنها أجنبي ، فسمنت ، وإن كانت تلك الزيادة قد حصلت والمبيع في ملك المشتري ، وسيأتي ما يوضح هذا المعنى .

وإن حصل المشروط بعد القبض ، فإما أن يكون حصوله بعمل البائع وفعله ، وإما لا يكون كذلك ، بل بعمل المشتري أو بتقدير سماوي ، وإما أن يكون بعمل أجنبي .

فإن كان الأول ، فأيضاً لا مجال للخيار لحصول الوفاء بالشرط وصدقه ،

كما لو علّم العبد الكتابة أو علف الدابة حتىٰ سمنت ؛ ضرورة أن الشرط هو تحصيل الوصف ، وقد حصله ولم يشترط مقارنته للعقد أو القبض .

نعم قد يشكل أنه قد حصل في ملك المشتري لا في ملك البائع ، لكن سيأتي الجواب عنه .

وإن كان الثاني ، فالظاهر ثبوت الخيار فلأن نفس حصول الشرط بغير فعل من المشروط عليه لا يكون مصداقاً للوفاء عما في ذمته ، إذ المشروط في الحقيقة ليس هو نفس حصول الشرط من أي فاعل كان ، ولو كان لا يستند إلى المشترط عليه ، بل ولو كان فعل المشترط ؛ ضرورة أنه قد لا يكون مقدوراً ومن فعله ، على أن خصوص المقام ليس هو مقدوراً أصلاً ، فإن التساوي بين المبيع والثمن في السوق ليس من اختيار المتبايعين ، وإنما المشروط هو تسليم المساوي وهو فعل للبائع تحت اختياره ، فلا بد أن يحصل منه التسليم لهذه الصفة وهي المساواة ولو بعد القبض ، وبدونه لا يصدق الوفاء بالشرط وإن حصلت المساواة في فعل المشتري إن أمكنه ، أو بارتفاع القيمة السوقية بنفسها ، وهذا كما لو أن الدائن رزق مالاً بدون تسبيبه أو بتسبيبه ، فإنه لا يكون هذا المال وفاءاً للمديون مع عدم استناده إليه بوجه من الوجوه ، وهكذا الحال في جميع الشروط .

والحاصل أن معنى الاشتراط على شخص في المبيع يقتضي أن يكون المشروط فعلاً للمشروط عليه ، سواء كان هو تسليم الصفة وإيصالها إلى المشترِط ، كما لو كانت الصفة غير اختيارية ، أو إيجاد الصفة وغير الصفة ، فإذا فعل ذلك الفعل فقد حصل الوفاء وفرغت ذمته ، وإلّا فلا .

نعم لو قلنا : إن نفس حصول الشرط ولو من فعل المشتري يكون مصداقاً للوفاء موجباً لفراغ الذمة ، وإن الشرط هو نفس الحصول ، لا تسليم الصفة ولو بإيجادها ، فلا بأس من القول بعدم ثبوت الخيار لحصول الشروط وعدم تخلفه .

ويبقىٰ إشكال تبعية الصفة للعين في الملكية ، فإن العين إذا كانت مملوكة فنماؤها وما يحصل فيها من زيادة معنوية أو عينية مملوك لمالك العين ، وحينئذ فلا معنىٰ للوفاء بما هو غير مملوك للبائع ، ويتطرق هذا الإشكال في جميع صور حصول الشرط بعد البيع ، سواء كان قبل القبض أو بعده ، وسواء كان من فعل البائع أو من غيره ، كما أشرنا إليه سابقاً .

وقد وعدنا[1] بالجواب ، فنقول : إن ملكية المالك للصفة متأخر رتبة عن حصولها بمرتبيتين ؛ لأن حصول الصفة ووجودها شيء ، وإضافتها إلى الموصوف شيء آخر ، والأول متقدم على الثاني بالتقدم الطبيعي قطعاً ، ثم دخولها في ملك مالك العين بعد فرض إضافتها إلى العين ، فالدخول في الملكية متأخر عن وجودها بمرتبتين .

ومما لا شبهة فيه أن في مرتبة وجودها تقع مصداقاً للوفاء ، بل في مرتبة ايجادها إن كانت بفعل البائع ، فلا يمنع منه دخولها في ملكية المشتري بعد وقوعها مصداقاً للوفاء ، وهذا لا يفرق فيه بين أن يكون حصول الصفة قبل القبض أو بعده بفعل البائع أو بدون فعله ، ويستثنىٰ من ذلك صورة ما إذا كان وجود الصفة بفعل المشتري ؛ لأنها تقع في ملكه بمرتبة وجودها ولا يتوقف دخولها في ملكه على التبعية للعين ، فلا مجال لوقوعها مصداقاً للوفاء عن البائع .

وإن كان الثالث ، وهو ما إذا كان حصول الصفة بعد القبض بفعل أجنبي ، فإن كان بقصد تفريغ ذمة البائع فلا شبهة أيضاً بعدم ثبوت الخيار ؛ لأنه بهذا القصد يستند إلى البائع ، ويكون الأجنبي بدلاً عنه ، كوفاء ذمة المديون بأداء أجنبي عنه بقصد تفريغ ذمته ، وإن لم يكن بقصد التفريغ فكالقسم الثاني أن الظاهر ثبوت الخيار ، والكلام الكلام .

---

١ ـ في الأصل : أوعدنا .

ثم إنه يبقىٰ شيء لا بد من التنبّه له : إنه في الصور التي قلنا فيها بعدم ثبوت الخيار أن المغبون إما أن يطلع على الغبن قبل الزيادة أو بعدها ، وعلى التقدير الثاني إما أن يكون العلم أخذ علىٰ نحو الموضوعية للخيار ، أو على نحو الكشف .

فإن كان الأول ـ وهو إطلاق المغبون على الغبن قبل الزيادة ـ فما قررناه من عدم ثبوت الخيار يحتاج إلى تأمل ؛ وذلك لأنه حين علمه بالغبن يثبت له الخيار قطعاً ، سواء كان العلم كاشفاً أو موضوعاً ، فإذا لم يفسخ لسبب مشروع حتى زادت القيمة السوقية ، فثبوت اللزوم وارتفاع الخيار لا بد أن يكون لجريان عمومات اللزوم ، وإلّا فأي شيء يقتضي اللزوم بعد ثبوت الخيار ، فيكون المقام حينئذ من باب استصحاب حكم المخصص ، أو الرجوع إلى العموم الأزماني ، وسيأتي الكلام فيه في فورية هذا الخيار ، وهكذا الكلام في صورة ما إذا كان الاطلاع بعد الزيادة وكان العلم مأخوذاً على نحو الكشف .

نعم لو قلنا : إن الخيار لا يثبت إلّا بعد تعذر الوفاء بالشرط أو امتناع المشترط عليه ـ لا بمجرد تخلفه حين العقد ، وهنا إنما يتعذر بعد القبض ـ اتجه القول بعدم ثبوت الخيار مع فرض عدم تعذر الوفاء وعدم امتناعه ، ولا يبعد أن يقال : إن الأمر كذلك في جميع الشروط ؛ لأنه متى ما فرضنا أن للوفاء زمان لم ينصرم بعد لا يصدق التخلف .

وأما لو قلنا : إن العلم له الموضوعية في ثبوت ماله مع فرض أن المغبون لم يعلم إلّا بعد الزيادة ، فلا مجال لثبوت الخيار ؛ لأنه حين النقيصة لا علم فلا خيار ، وحين العلم لا نقيصة ولا تخلف للشرط ، فلا خيار أيضاً ، لكن الشأن في موضوعيّة العلم .

هذا كله إذا قلنا : إن المبنىٰ لخيار الغبن هو تخلف الشرط ، وأما لو قلنا : إن المبنى هو عموم نفي الضرر ، فنقول : إن كانت الزيادة حصلت بعد القبض بتقدير

سماوي أو بفعل المشتري ، فلا ينبغي الإشكال في ثبوت الخيار ، كما في المبنى السابق ؛ وذلك لأن الضرر ثابت وحصول الزيادة لا من فعل البائع لا يكون تداركاً لضرره ، ولا يخرج المعاملة عن كونها غبنية ضررية ؛ لأن التدارك بحقيقته بحيث يكون تداركاً لا يعقل أن يحصل من دون أن يكون من قبل المضرر ، وهو البائع هنا ، وإلّا فلا يصدق عليه التدارك ، وإنما يكون ضرر من باب ونفع من باب آخر ، كما لو تاجر المشتري بمعاملة أخرى وربح ، فإنه لا يجعل المعاملة السابقة الضررية غير ضررية ؛ لأنه ربح في المعاملة الثانية ، وهذا واضح .

وإن كانت الزيادة حصلت من فعل البائع ، أو من متبرع عنه ، أو قبل القبض ، فلا يبعد حينئذ صدق التدارك وإن كانت الزيادة في ملكه ؛ لما قلناه سابقاً من أن تبعية الصفة للعين في الملكية في مرتبة متأخرة عن وجودها ، وفي مرتبة وجود الصفة يصدق التدارك وارتفاع الضرر .

لكن يبقى الكلام في أن الخيار يثبت ما دام الضرر باقياً بحيث يكون موضوع هذا الخيار محدداً وموقتاً ، أو أنه يثبت بمجرد ثبوت الضرر مطلقاً لا مقيداً، فإن كان الأول فلا شبهة في الرجوع إلى العمومات لإثبات اللزوم بعد ارتفاع الضرر وتداركه .

وإن كان الثاني فيبنىٰ على ما يأتي من أن المقام من باب التمسك بالعموم أو باب استصحاب حكم المخصص ، وسيأتي ، إلّا أن هذا إذا لم يكن العلم مأخوذاً على نحو الموضوعية وكان حصول العلم بعد الزيادة ، وإلّا لو كان العلم حاصلاً بعد الزيادة، وكان علىٰ نحو الموضوعية فلا شبهة في عدم ثبوت الخيار ؛ لأن العلم إنما حصل بعد التدارك ، فلا يثبت الخيار حينئذ . فتدبر واستقم ، فإن المقام يحتاج إلى مزيد تنقيح فوق ما ذكرناه .

قوله ﷺ : وأشكل منه ما لو توقف الملك ... إلى آخره .

أي أشكل من الأول في ثبوت الخيار ؛ لأنه لما احتمل هناك عدم ثـبوت الخيار فكان ثبوت الخيار مشكلاً ، وعدم ثبوت الخيار هنا أولى ، فكان ثـبوت الخيار أشكل من الأول ، والسر في أولوية عدم ثبوت الخيار هنا أنه حيث يتوقف الملك على القبض لا تحصل المبادلة إلّا بعد القبض ، وقبله ليس إلّا الإنشاء للنقل والانتقال من دون حصول النقل والانتقال ، والضرر إنما يتصور فيما إذا خرج من كيس المتضرر شيء لم يدخل بازائه شيء ، ومع فرض زيادة القـيمة السـوقية للمبيع قبل القبض علىٰ وجه يرتفع الغبن لم يحصل ذلك المعنى من الضرر ؛ لأنه قبل القبض لم يخرج من كيسه شيء من دون بدل ، إذ لا نقل ولا انتقال ، ومجرد الإنشاء لا يوجب دخول الضرر عليه .

وأما ما استثناه المصنف فهو حق ؛ لأنه إذا وجب التقابض بمجرد العقد فهو مرتفع في المقام ؛ لأن إقباض الزائد في مـقابلة النـاقص ضرر عـلى المشـتري ، فالإلزام به إلزام بالضرر ، وهو منفي بحديث « لا ضرر ..» ، فلا يجب على المشتري أن يقبض الزائد ، وله الخيار في إقباض الزائد ، كما له الخيار في قبض النـاقص ، ولكن الخيار في القبض والإقباض معنى آخر غير الخيار في العـقد المـصطلح في المقام، فإنه ليس عبارة إلّا عدم وجوب القبض والإقباض ، ثم إنه لو ارتفع الغبن قبل القبض كما المفروض ـ ولو قبلية إنيّة ـ لا مـعنى حـينئذ لثـبوت الخـيار في التقابض ؛ لأنه ليس إقباضاً للزائد في مقابل الناقص حتى يكون وجوبه ضررياً .

خيار التأخير

قوله ﷺ : وبما ذكره في التذكرة من أن الصبر أبداً مظنة الضرر ... إلى آخره .

الاستدلال بقاعدة نفي الضرر لهذا الخيار يقتضي ثبوت الخيار بمجرد تحقق التأخير الضرري ، ولا تفي بتقييده بمضي خصوص ثلاثة أيام ، وتتميمه بالأخبار رجوع إليها .

فالحق أنه لا يفي بهذا التعبد إلّا الأخبار ، وليس المستند إلّا هي علىٰ ما فيها من الكلام الذي سيأتي ، فلا وجه لابتناء بعض الفروع كما سيأتي علىٰ قاعدة نفي الضرر . نعم الضرر قد يكون هو الحكمة في هذا التشريع ، وهذا أمر آخر .

قوله ﷺ : منها رواية علي بن يقطين[1] ... إلى آخره .

الظاهر أن المراد من البيع هو المبيع ، فاستعمل المصدر في اسم المفعول ، وهذا الاستعمال شائع في خصوص البيع ، ومن البعيد أن يكون المبيع مفعولاً مطلقاً لقوله : « يبيع » ؛ لتعريفه ، ولإعادة الضمير في « لا يقبضه » إلى لفظ البيع ظاهراً .

---

١ ـ الوسائل ١٨ : ٢٢ ، حديث ٣ من الباب ٩ من أبواب الخيار .

خيار الرؤية

قوله ﷺ : على خلاف ما اشترطه (فيه المتبايعان)[1] ... إلى آخره .

غرضه ﷺ من الاشتراط هو وصف المبيع الرافع لجهالته الذي به يصح العقد على العين الغائبة ، وتعبيره عن ذلك بالاشتراط كأنه يشير به إلى رجوع خيار الرؤية إلىٰ خيار تخلف الشرط ، كما قيل برجوع خيار التأخير إليه ، إلّا أنه في خيار التأخير يكون الشرط المتخلف ضمنياً ، بخلافه هنا .

ولكن إرجاع التوصيف إلى الاشتراط لا يخلو عن بحث ، فإن التوصيف هو **المحقق** لصحة البيع وبدونه يلزم الغرر المبطل للبيع ، وأما الاشتراط فإنما يكون بعد فرض صحة البيع ، ويكون الشرط زائداً في المبيع كالاشتراط الضمني لتعجيل التسليم وأمثاله .

وبعبارة أوضح : إن الوصف وإن كان معناه الشرط إلّا أنه شرط في صحة البيع كشرط أن يكون المبيع مال البائع ، والشرط الذي يكون تخلفه سبباً للخيار هو الشرط الذي يكون زائداً علىٰ ما يقوّم صحة البيع بعد فرض صحة البيع بدونه، كشرط كون العبد كاتباً والجارية حاملاً ، وهكذا .

قوله ﷺ : ولا بد من حملها على صورة ... إلى آخره .

---

١ ـ في الأصل : (البائعان) .

وجه أنه لا بد من الحمل هو ظهورها فيما هو مخالف للقواعد ؛ لأن ظاهرها في أن القطعة الباقية التي لم يرها المشتري أنها مجهولة بمقتضىٰ الإطلاق ، ومع جهل جزء المبيع يبطل البيع في الجميع ؛ للزوم جهالة المجموع ، فلا بد من حملها على ما يرفع الجهالة بأحد الوجهين الذين ذكرهما المصنف ﷺ .

ولا يخفىٰ ما في هذه الصحيحة[1] من دلالة علىٰ كفاية عدم رؤية البعض في ثبوت خيار الرؤية في جميع المبيع ، بل فيها مبالغة في ثبوت خيار الرؤية حتى لو كان غير المرئي جزءاًيسيراً ، بأن يكون جزءاً من مئة ، فكأنه يقول : إن الخيار يثبت حتى لو كان عدم المرئي جزءاً من مئة ، فكيف إذا كان مجموع المبيع أو غالبه غير مرئي .

فتكون الرواية في صدد بيان أن عدم الرؤية تكون سبباً لثبوت الخيار ، فلا إطلاق في الصحيحة من جهة التوصيف وعدمه ، ومن جهة كون الجزء المرئي دالاً على غيره أو غير دال .

ومنه يتضح أنه لا حاجة إلى التأويل والحمل ، كما أفاده المصنف ﷺ ؛ لأنها مسوقة إلى بيان خصوص كون عدم الرؤية سبباً لثبوت الخيار ، وأما جهة أن هذا الجزء غير المرئي موصوف ، أو أنه مدلول عليه بباقي الأجزاء ، فمسكوت عنه .

قوله ﷺ : لم يعلم وجه الاستشهاد به ... إلى آخره .

تذكير الضمير في قوله « به » يوهم أن المرجع هو صحيح عبدالرحمن بن الحجاج[2] ، ولكنه يرتفع الوهم بأدنىٰ تأمل ؛ لأن هذا الخبر لم يستشهد به في الحدائق لما نحن فيه ، وإنما ذكره مفسراً لصحيحة زيد الشحام[3] ، على أن التعليل

---

١ ـ الوسائل ١٨ : ٢٨ ، حديث ١ من الباب ١٥ من أبواب الخيار .
٢ ـ رواها الشيخ الطوسي في تهذيب الأحكام ٧ : ٧٩ حديث ٣٣٩ .
٣ ـ الوسائل ١٨ : ٢٩ حديث ٢ من الباب ١٥ من أبواب الخيار .

بقوله : لأنه المشتري ... إلى آخره ، كافٍ في رفع هذا التوهم . فالمراد قطعاً هو صحيح زيد الشحام ، وتذكير الضمير باعتبار أنه عبر عنها سابقاً بالخبر فيما نقله عن الحدائق .

قوله ﷺ : فلا مورد لخيار الرؤية ... إلى آخره .

لأنه إذا كان المبيع مشاعاً فهو كلي ، ولا يتصور فيه تخلف الوصف ؛ لأنه إذا أُقبضه الفاقد للوصف لا يكون مصداقاً للبيع ، فلا يحصل قبض المبيع ، وإنما هذا يكون قبض شيء أجنبي عنه ، فيبقى المبيع في ذمة البائع ، وسيأتي ما ينفع في المقام :

قوله ﷺ : ويكون له خيار الحيوان ... إلى آخره .

قيل : يبعده قوله : إذا خرج فإن خيار الحيوان غير معلق على الخروج ، بل يثبت بمجرد العقد ، وفيه أن المصنف استظهر فيما تقدم أن خيار الحيوان لا يثبت إلّا بعد الملك لا بمجرد العقد ، فإذا كان المبيع كلياً في المعيّن نظير الصاع من صبرة ، فلا يتحقق الملك إلّا بعد خروج السهم الذي به يكون تعيين المبيع ويحصل الملك .

قوله ﷺ : ثم إن صحيحة جميل[1] مختصة ... إلى آخره .

إلّا أنها لا تدل على عدم ثبوت الخيار للبائع ؛ لأن السؤال كان عن المشترى فقط ، والغرض مع ذلك فرض تخلف الوصف بالنسبة إليه ، والجواب لا بد أن يكون مطابقاً للسؤال ، فلا تكون هذه الصحيحة منافية لما دل على ثبوت خيار الرؤية للبائع فيما إذا تخلف الوصف بالنسبة إليه على حسب الفرض الذي ذكره في المتن . نعم ليس فيها دلالة على ثبوته للبائع .

قوله ﷺ : ولا يخفىٰ بعده ... إلى آخره .

أي بعد هذا الاحتمال ؛ لأن الظاهر من قوله ﷺ : « صار إلى الضيعة » أن الذي صار إلى الضيعة هو الناقد ، وهو المشتري ؛ لأنه هو المناسب لترتب الجزاء

---

١ ـ تقدمت قريباً .

على الشرط ، على أنه لم يتقدم ذكر للبائع حتى يعود عليه الضمير المستتر في قوله «صار إلى الضيعة » .

ثم لا معنى لتفريع عموم الجواب علىٰ هذا الاحتمال ، فإنه كما في صورة اختصاص السؤال بالمشتري ـ كما هو الظاهر ـ يختص الجواب به كذلك في صورة اختصاصه بالبائع على هذا الاحتمال البعيد لا بد أن يختص الجواب به .

ومنه يظهر أن تأويل الصحيحة بهذا الاحتمال البعيد لا يرفع إشكال الاختصاص ، فإنها بعد أن كانت مختصة بالمشتري تكون حينئذ مختصة بالبائع، ويسأل حينئذ أن هذا الخيار أيضاً يثبت للمشتري فلا ثمرة في هذا الاحتمال لأجل تعميم الجواب .

وأما دعوىٰ عموم الجواب ، فلا شاهد لها ، بل الشاهد على عدمها ؛ لأن الجواب ظاهر أنه على طبق السؤال والمسؤول عنه هو المشتري أو البائع على الاحتمال البعيد ، فهذه الدعوى أبعد من هذا الاحتمال .

قوله ﷺ : مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة ... إلى آخره .

قيد العين بالشخصية لأنه في بيع العين الكلية لايتصور ثبوت خيار الرؤية كما تقدمت الإشارة إليه قريباً ؛ لأنه إذا أقبض أحد المتبايعين الفاقد للوصف فقد أقبض غير ما كان مبيعاً أو ثمناً ، فلا يكون مصداقاً للمبيع أو للثمن ولا يتحقق القبض ، فلا معنى لثبوت الخيار في شيء أجنبي عن المبيع والثمن ، بخلاف الشخص؛ لأن البيع قد وقع على شخصه ، فليس لقابض الفاقد للوصف الفسخ ، وإنما له أن يرد ويرجع هذا المقبوض الفاقد حتى يقبض المبيع أو الثمن الحقيقي ، كما أنه له أن يقنع بهذا عوضاً عن المبيع ، إلّا أنه ليس هذا معنىٰ الخيار ، فإن الخيار حقيقة هو ملك الفسخ ، وليس له الفسخ هنا ؛ إذ لم يحدث ما يوجب الفسخ ، كما أنه لو لم يرد ويرجع هذا المقبوض ، فبمجرده لا يكون ذلك موجباً لكون المقبوض مصداقاً

للمبيع ما لم يقنع به بدلاً عنه ، بل يبق البائع مشغول الذمة بنفس المبيع الكـلي ، وهذا يكون في يد المشتري مال غيره في يده ، ويجري عليه أحكام مال الغير من جهة وجوب تسليمه إلى مالكه وضمانه لو تلف في يده ، أو عدم ضمانه على بعض الوجوه ، على كلام مذكور في محله .

هذا وقد يستثنى من بيع الكلي بيع الكل في المعيّن كصاعٍ من صبرة ، فإن الكلي حينئذ يكون محدوداً في أفراد خاصة موجودة معينة ، ولا يتعداها إلى أفراد أخر ، فيمكن فيه تخلف الوصف عن جميع أفراده الموجودة ، فيثبت خيار الرؤية ؛ لأن الذمة لا تكون مشغولة إلّا بالكلي المنتزع من هذه الأفراد الخاصة ، فإذا كانت هذه الأفراد جميعها غير جامعة للأوصاف لكونها ـ بحسب الفرض ـ متساوية ، فلا محالة يتعين المبيع الكلي في واحد منها ، ولا يتعداها إلى فرد من صبرة أخرى واجد للوصف .

ويمكن أيضاً إلحاق بيع الحصة المشاعة في بيع الكلي في المعين ، فيثبت فيه خيار الرؤية ؛ لأنه يكون كلياً محدوداً .

وأما تقييد العين بالغائبة فواضح ؛ لأنه إذا كانت حاضرة مرئية لا مـعنى لتخلف الوصف ؛ إذ لا حاجة إلى الوصف حتى يذكر في ضمن العقد .

قوله ﷺ : الدال على الجنس ... إلى آخره .

المراد بالجنس ـ كما في الشرائع ـ : اللفظ الدال على القدر الذي يشترك فيه أفراد الحقيقة[1] .

أي : الدال على الحقيقة النوعية ، لا الجنس باصطلاح المناطقة ، كما أن المراد بالوصف هنا اللفظ الدال على أصناف ذلك النوع .

قوله ﷺ : وربما يتراءى التنافي ... إلى آخره .

---

١ ـ شرائع الاسلام ٢ : ١٨ . (مرجع مذكور) .

حاصله أن ما ذكروه تارة من أن المراد بالأوصاف التي يعتبر ذكرها في بيع العين الغائبة الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها ، ينافي ما ذكروه تارة أخرىٰ من أن المراد الأوصاف التي يعتبر في السلم ذكرها ، ولا يرجعان إلى معنى واحد، كما قاله المصنف أولاً ؛ لأن بعض الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها قد لا تعتبر في السلم لإفضائها إلى عزة الوجود ، أو لتعذر استقصاء جميع الخصوصيات علىٰ سبيل التحقيق ، فليس كل ما يختلف به الثمن من الأوصاف معتبراً ذكره في السلم .

(وبعبارة أُخرىٰ) يكون بين التعبيرين عموم وخصوص مطلقاً ، والعموم من جانب التعبير الأول ، فكيف يرجعان إلىٰ معين واحد ؟!

فإن قلت : نقيد العبارة الأولىٰ بما قيدنا به أوصاف السلم بأن لا تفضِ إلى عزة الوجود .

قلت : لا معنىٰ لهذا التقييد ؛ لأن المفروض أن المبيع عين شخصية ، وإذا كانت واجدة لهذا الوصف العزيز الوجود ، فأي معنىٰ لعزة وجود المبيع وهو موجود ، وهذا بخلاف السَلَم ؛ لأن المبيع فيه عين كلية ، فيتصور فيها عزة الوجود ، وهذا معنى قوله ﷺ : (والمانع مفقود فيما نحن فيه) .

قوله ﷺ : قال في التذكرة ... إلى آخره .

هذا استشهاد علىٰ اعتبار عدم إفضاء ذكر الأوصاف في المسلم إلى عزة الوجود ، ونقل قوله الثاني استشهاد علىٰ اعتبار عدم تعذر الاستقصاء على التحقيق .

قوله ﷺ : ويمكن أن يقال : إن المراد ... إلى آخره .

هذا جواب عن التنافي المترائىٰ ، وحاصله أنه يمكن إرجاع العبارة الثانية إلى الأولى ، بأن يكون المراد من كل منهما جميع الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها ، حتى ما كانت توجب عزة الموصوف ، إلّا أن استثناء الأوصاف

الموجبة لعزة وجود الموصوف في السلم لوجود المانع من اعتبارها ، لا لعدم اعتبارها في نفسها ، وهذا المانع مفقود في العين الغائبة ، فإذا قلنا : إن المراد من الأوصاف هنا هي المعتبرة في السَلَم ، فالمراد الأوصاف التي تعتبر فيه في حد ذاته مع قطع النظر عن العوارض والموانع التي توجب المساحة ، في ذكر بعض الأوصاف المعتبرة ، وإن كانت هذه المساحة في السلم لا محل لها ، كما سيأتي ، إلّا أن الغرض صحة هذا التشبيه والتحديد ومطابقته للتحديد بجميع الأوصاف .

أما أنه لا محل لهذه المساحة كما أشار إليه المصنف ﷺ بقوله : (وإن كان يمكن أن يورد علىٰ مساحتهم ...) ، فلأنه إذا كان المعتبر في السلم هو ذكر جميع الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها ، كما هو الفرض فتعذر بعض الأوصاف يقتضي البطلان لا المساحة كما حكموا بعدم جواز السلم بما لم يكن ضبط أوصافه ؛ لأن انتفاء الشرط يوجب فساد المشروط ، وسيأتي ما ينفع في الجواب .

قوله ﷺ : ثم إن الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها غير محصورة ... إلى آخره .

هذا إشكال ثانٍ على تحديدهم للأوصاف المعتبرة في بيع العين الغائبة ، بأنها الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها .

وحاصل هذا الإشكال : أن الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها ، إما أن يراد بها جميعها على نحو الاستغراق الحقيقي ، أو يراد الأوصاف التي يرتفع بها معظم الضرر ، سواء كان على نحو الاستغراق العرفي أو على نحو الموجبة الجزئية .

فإن أريد الأول ، فهي غير محصورة ، فيستحيل استقصاؤها أو يتعسر ، وإن أريد الثاني ، فإحالة علىٰ مجهول ؛ لأن ما يرتفع به معظم الغرر يختلف باختلاف المبيعات ، بل في مبيع واحد باختلاف الأموال والأزمان ، أو على نحو التبادل في أوصافه ، مثلاً إذا فرض أن الأوصاف التي يختلف من أجلها الثمن

عشرة في المبيع الواحد ويرتفع بها جميع الغرر وكانت التي يرتفع بها معظم الغرر تسعة منها لا على التعيين ، فكل من هذه الأوصاف تصلح لأَنْ تكون داخلة وخارجة ، فيلزم أن يكون الوصف الواحد معتبراً ذكره في المبيع غير معتبر .

على أنه يوجب أن يكون هذا الضابط للأوصاف أخص من الضابط الثاني، أعني تحديدها بما يعتبر ذكره في السلم ، على عكس الإشكال الأول المتقدم الذي مرجعه إلى عموم الضابط الأول ؛ وذلك لأنه إذا حددنا جميع الأوصاف بما يرتفع بها معظم الضرر فمعناه الاكتفاء بارتفاع الغرر العرفي ؛ لأن الغرر المنفي عرفاً غير المتسامح به عندهم هو معظم الغرر لا جميعه ، بخلاف الغرر الشرعي فإن الغرر المنفي شرعاً هو جميع الغرر وإن تسامح فيه العرف ، فكل غرر يتسامح فيه العرف لا يتسامح فيه الشرع ، وهذا معنى أخصية الغرر العرفي من الغرر الشرعي .

ومن المعلوم أن الغرر المنفي في السلم هو الغرر الشرعي لا العرفي ، فكان المعتبر من الأوصاف في السلم هو الأوصاف التي يرتفع بها الغرر الشرعي ، فلو كان المعتبر في المقام هو الأوصاف التي يرتفع بها معظم الغرر أي الغرر العرفي كانت الأوصاف المعتبرة في السلم أعم من الأوصاف المعتبرة هنا ؛ لأن الرافع للأعم أعم من الرافع للأخص .

وهذا هو اللازم الباطل الذي أردناه من أخصية الضابط الاول . هذا توضيح ما أراده المصنف من الإشكال ، وقد أجاب عنه المصنف فيما يأتي باختيار الشق الثاني ، وسيأتي توضيحه .

ولنا أن نجيب بغير ما أجاب به المصنف ، (تارة) باختيار الشق الأول ، قولكم : إن الأوصاف غير محصورة .

قلنا : إن كان المراد منها أوصاف جميع المبيعات على اختلافها ، فسلم أنها

غير محصورة ، ولكن لا يجب حصرها ؛ لأنه إن كان المراد حصرها عند الفقيه فإنما عليه أن يذكر العنوان العام الذي يجمعها ، وهو ما ذكره الفقهاء من كونها الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها والمرجع في تعيينها في كل مبيع إلى المتبايعين ، وربما كان العامي أعرف بها من الفقيه .

وإن كان المراد حصرها عند البائع كما هو المقصود ، فواضح عدم وجوب حصر جميع أوصاف المبيعات عند بيع شيء واحد ، بل الواجب ـ على تقدير لزوم الحصر ـ هو حصر أوصاف الشيء المراد بيعه .

وإن كان المراد من جميع الأوصاف جميع أوصاف كل مبيع بانفراده ، فإن المبيع الشخصي لا استحالة ولا تعذر في ذكر جميع أوصافه التي يختلف الثمن باختلافها ، ومعرفة الوصف الذي يختلف الثمن لأجله مرجعه إلى العرف .

(وأخرى) باختيار الشق الثاني ، قولكم : إنه إحالة إلى مجهول .

قلنا : بعد أن كان مرجع ارتفاع معظم الغرر إلى ارتفاع الغرر العرفي كما تقدم في الإشكال ، فتكون الإحالة إلى العرف لا إلى المجهول ، والعرف أعرف به من الفقيه .

وأما لزوم الاكتفاء على ما دون صفات السلم فممنوع ؛ لأنه في صفات السلم لا يعتبر فيها أكثر من أن يرتفع بها معظم الغرر ، قال في الروضة في بيع السلم : بل الذي يختلف لأجله الثمن اختلافاً ظاهراً لا يتسامح بمثله عادة ، فلا يقدح الاختلاف اليسير غير المؤدي إليه ، والمرجع في الأوصاف (إلى)[1] العرف، وربما كان العامي أعرف بها من الفقيه ، وحظ الفقيه منها الاجمال[2] .

(والتحقيق) أن كل هذا الكلام تبعيد للمسافة ، وإغلاق للبحث من غير ما

---

١ ـ من المصدر .
٢ ـ الشهيد الثاني : الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٤٠٣ .

جدوىٰ ، ومن تفطن إلىٰ مذاق القوم في باب السلم من كلامهم ، يغنيه عن هذا التطويل ، قال في القواعد في باب السلم : ثم يذكر كل وصف تختلف فيه القيمة اختلافاً ظاهراً لا يتغابن الناس بمثله في السلم[1] ، ومثله غيره كما مرت عليك عبارة الروضة .

والخبير يتضح له من كلام القواعد : (لا يتغابن الناس بمثله في السلم) ، والروضة : (لا يتسامح بمثله عادة) ، أن مرادهم من الأوصاف خصوص الأوصاف التي جرت العادة بذكرها ، واختلاف الثمن لأجلها ، لا كل وصف ولو كان نادراً وجوده يختلف الثمن لأجله لو وجد .

وبعبارة أُخرىٰ : إن المراد هو الوصف المقصود من الشيء الذي به يختلف الثمن لأجله عند الناس عادة ، فلا يشمل الأوصاف النادرة وإن اختلف الثمن لأجلها ، ولا الأوصاف غير المقصودة عند الناس في ذلك الشيء ، ألا ترى أن الفقهاء في السلم يذكرون بعد هذا التحديد للأوصاف بعض المبيعات ، ويعددون أوصافها التي يجب ذكرها ، فيذكرون مثلاً التمر ويعتبرون فيه أربعة أوصاف : النوع كالبرني ، والبلد ، والمقدار كالكبار ، والحداثة والعتق ، وهكذا ، مع أن التمر قد تكون فيه خصوصيات كشدة الحلاوة ، وحسن وضعه في أوانيه ، واللون ، وأمثال ذلك على وجه تختلف لأجلها الأثمان ، ولكن ليست مقصودة من التمر عند عامة الناس .

وهكذا باقي المبيعات التي ذكروا أوصافها ، وإن كان قد يناقش في بعض ما ذكروه ، وقد يختلف ذلك باختلاف الأزمان والبلدان ، وليس الفقيه هو المرجع في ذلك إلّا أن ذلك يكشف عن أن مقصودهم ليس كل وصف يختلف الثمن لأجله ولو لم يكن مقصوداً بحسب عادة الناس في ذلك المبيع ، بل الأوصاف المقصودة

---

١ ـ راجع جامع المقاصد ٤ : ٢٠٩ .

المتعارف ذكرها عند الناس ، ولذا لا بد من الرجوع إلى العرف فيها .

ومن هذا التقرير يتضح الجواب عن جميع ما ذكره في المقام حتى ما أورده أولاً وجوابه ، فإنه إذا كان المراد من الأوصاف خصوص الأوصاف المقصودة للناس المتعارف ذكرها ، فلا يكون الضابط الأول ـ أعني قولهم : الأوصاف التي يختلف لأجلها الثمن ـ أعم من الضابط الثاني ـ أعني قولهم : الأوصاف التي تعتبر في السلم ـ ولا أخص ، بل كل منهما يختص بما ذكرناه ، أعني الأوصاف المقصودة المتعارفة التي يوجب الإخلال بها الغرر ، ولا حاجة إلى تقييدها بما يرتفع معها معظم الغرر أو بما يرتفع بها الغرر العرفي ، بل ينبغي تعميمها إلى ما يرتفع بها كل غرر ؛ لأن الأوصاف غير المقصودة ليس في إهمالها غرر ، وإن كان لا بأس بذكرها بشرط أن لا توجب فساد البيع من جهة أخرىٰ ، كما إذا أوجب عزة الوجود في السلم .

ومن هنا ينقدح عما أورده ﷺ على القوم في السلم كما تقدم : من أن تعذر الوصف يوجب فساد السلم ، لا الحكم بعدم اشتراطه ، فإن التعذر لم يجعلوه مناطاً للخروج عن قاعدة اعتبار الوصف ، بل جعلوه مانعاً عن ذكره بعد فرض عدم اعتباره ، ضرورة أن عزة وجوده تخرجه عن كونه مقصوداً لهم في السلم متعارفاً ذكره فيه ، فيكون ذلك خارجاً من الضابط .

نعم يكون مما لا بأس بذكره لو لم يكن هناك مانع ، فيقول مثلاً : يجوز اشتراط كذا لو لم يكن موجباً لعزة الوجود ، وعدم الضبط وهكذا .

فتحصل أن تحديد الوصف بما هو مقصود من الموصوف متعارف ذكره يرفع كل إشكال في البين ، ولا يكون إحالة علىٰ مجهول ، بل على العرف وهم أعرف به ، كما تقدم .

قوله ﷺ : وأشكل من ذلك أن الظاهر ... إلى آخره .

هذا إشكال ثالث على القوم في تحديد الأوصاف بما تقدم من كونها ما يختلف الثمن لأجلها .

وحاصله أنه في الرؤية لا يعتبر ما يعتبر في الوصف ، أعني التعميم لجميع الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها ، وإلّا لما صح إلّا شراء العارف المجرب .

مع أن االظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية ، فلا بد أن يكتفى بالوصف ما يكتفى بالرؤية .

(قلت) : نعم يكتفى بالوصف ما يكتفى بالرؤية ، إلّا أنك قد عرفت ما هو المعتبر في الوصف ، فإنه ليس المقصود ذكر جميع الأوصاف حتى غير المقصودة من المبيع المتعارفة ، وكذا المعتبر في الرؤية ذلك ، وما نقله المصنف ﷺ عن التذكرة بقوله : (يشترط في الرؤية ما هو مقصود في البيع)[1] شاهد علىٰ ما نقول ، بل هو صريح بالمراد ، فلا بد من الالتزام بهذا القدر في الرؤية او الوصف ، وكون المشتري غير عارف بالأوصاف ونكاتها لا ينافي أنه يراها ويطلع عليها ، كما لو وصفت له ، وهو لا يعرف أن الوصف المذكور ما مقدار ما يجعل بازائه من الثمن لجهله بحسن الأوصاف وقبيحها ، فهذا إشكال آخر لا يختص بالرؤية ، بل يعم الوصف أيضاً ، ولا بد من الجواب عنه علىٰ كل حال .

ولا يبعد أنه يكفي العلم بالصفة بالرؤية أو بالوصف ، وأما مقدارها ومقدار ما يختلف الثمن باختلافها فذلك أمر آخر ، وإذا اتفق لغير العارف الاشتباه ، فيثبت له خيار الغبن حيث يكون مغبوناً .

قوله ﷺ : ولا أجد في المسألة أوثق ... إلى آخره .

هذا لا يصلح أن يكون جواباً إلّا عن الإشكال الأخير دون سابقيه ، إذْ لا يرفع كون ذلك إحالة على مجهول ، أو كون الضابط الأول أخص من الثاني[2] .

---

١ ـ التذكرة ١ : ٤٦٧ ، الطبعة الحجرية / منشورات المكتبة المرتضوية .

٢ ـ هذا آخر ما كتبه ﵀ من الحاشية على الخيارات كما يبدو من الدفتر .

فهرس الآيات الكريمة

مصادر التحقيق والتقديم

(١) القرآن الكريم .

(٢) الأعلام ، خير الدين الزركلي ، ط . بيروت / دار العلم للملايين .

(٣) تاريخ التشريع الإسلامي ، د . عبد الهادي الفضلي ، ط . ايران / دار الكتاب الاسلامي ـ قم .

(٤) تذكرة الفقهاء ، العلامة الحلي ، ط . ايران / المكتبة المرتضوية .

(٥) تفسير القمي ، علي بن ابراهيم ، ط . ايران / دار الكتاب الاسلامي سنة ١٤٠٤ هـ

(٦) جامع المقاصد ، المحقق الكركي ، ط . ايران / مؤسسة آل البيت عليهم السلام .

(٧) جواهر الكلام ، الشيخ محمد حسن النجفي ، ط . ايران / دار الكتب ـ طهران .

(٨) حاشية المكاسب ، السيد محمد كاظم اليزدي ، ط . ايران / مؤسسة اسماعيليان .

(٩) الحوزة العلمية في النجف الأشرف ، علي البهادلي ، ط . بيروت / دار الزهراء عليها السلام .

(١٠) دلائل الصدق ، الشيخ محمد حسن المظفر ، ط . مصر / مكتبة النجاح .

(١١) الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقية ، الشهيد الثاني زين الدين العاملي ، ط . النجف / منشورات جامعة النجف الدينية .

(١٢) شرائع الاسلام ، المحقق الحلّي ، ط . ايران / مؤسسة اسماعيليان ـ قم .

(١٣) شعراء الغري ، علي الخاقاني ، ط . ايران / مكتبة السيد المرعشي النجفي ـ قم .

(١٤) طبقات الأعلام الشيعة ، الآغا بزرگ الطهراني ، ط . ايران سنة ١٤٠٤ هـ .

(١٥) عقائد الامامية ، الشيخ محمد رضا المظفر ، طبعة النجف .

(١٦) ماضي النجف وحاضرها ، **جعفر آل محبوبة** ، ط . بيروت / دار الأضواء .
(١٧) مجمع البيان ، الشيخ الطبرسي ، ط . ايران / ناصر خسرو ـ طهران .
(١٨) مجمع البحرين ، الطريحي ، ط . ايران / المكتبة المرتضوية .
(١٩) مسالك الافهام ، الشهيد الثاني زين الدين العاملي ، ط . ايران / دار الهدىٰ ـ قم .
(٢٠) مستدرك الوسائل ، الميرزا حسين النوري ، ط . ايران / مؤسسة آل البيت عليهم‌السلام .
(٢١) المصباح المنير ، الفيومي ، ط . مصر سنة ١٩٢٩ م .
(٢٢) معارف الرجال ، الشيخ محمد حرز الدين ، ط . ايران سنة ١٤٠٥ هـ .
(٢٣) ملحقات العروة الوثقىٰ ، السيد محمد كاظم اليزدي ، ط . ايران / منشورات الداوري ـ قم .
(٢٤) منية الطالب في حاشية المكاسب ، الشيخ موسىٰ الخوانساري ، ط . النجف الأشرف .
(٢٥) النهاية في غريب الحديث والأثر ، ابن الأثير ، ط . ايران / مؤسسة اسماعيليان .
(٢٦) هكذا عرفتهم ، جعفر الخليلي ، ط . ايران / منشورات الشريف الرضي .
(٢٧) وسائل الشيعة ، الشيخ الحر العاملي ، ط . ايران / مؤسسة آل البيت عليهم‌السلام .

المحتويات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة